

**”Pflichten zum Bestehen des
strafrechtlichen Notstands
(§§ 52, 54 StGB)”**

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Albert - Ludwigs - Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Dietmar Kuhnt

Referendar

aus Neuss

1966



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**”Pflichten zum Bestehen des
strafrechtlichen Notstands
(§§ 52, 54 StGB) ”**

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

**zur Erlangung der Doktorwürde der
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Albert - Ludwigs - Universität zu Freiburg im Breisgau**

vorgelegt von

Dietmar Kuhnt

Referendar

aus Neuss



Dekan : Prof. Dr. Erich Streißler

Referent : Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck

Korreferent : Prof. Dr. Thomas Würtenberger

Mündliche Prüfung am 14. und 15. Februar 1966

I n h a l t s ü b e r s i c h t

	Seite
Gliederung	3 - 6
Literaturnachweis	7 - 21
Abkürzungsverzeichnis	22 - 24
Ausführungen	25 - 224
Lebenslauf	225

G l i e d e r u n g

Seite

Einleitung:	25 - 29
a) Das Problem und seine wissenschaftliche Behandlung	25 - 27
b) Aufgabe und Gang der Untersuchung	27 - 29

Teil 1.

Der strafrechtliche Notstand

(§§ 52, 54 StGB) 30 - 58

Kapitel 1: Die Notstandslage	30 - 33
------------------------------	---------

I Das Verhältnis des Nötigungsstands (§ 52 StGB) zum allgemeinen Not- stand (§ 54 StGB)	30 - 31
---	---------

II Die Voraussetzungen des strafrecht- lichen Notstands	31 - 33
--	---------

Kapitel 2: Die systematische Stellung des straf- rechtlichen Notstands im Verbrechens- aufbau	34 - 58
---	---------

I Die verschiedenen Auffassungen	34 - 38
----------------------------------	---------

II Der strafrechtliche Notstand, ein Schuldproblem	38 - 58
---	---------

1) Grundsätzliches zu den subjektiven und objektiven Notstandstheorien	38 - 41
---	---------

2) Die anormale Motivation als Grund für die Strafflosigkeit der Notstands- handlung	42 - 45
--	---------

3) Die Entschuldigung der Notstandshand- lung als Folge der anormalen Motiva- tion	45 - 55
--	---------

a) Die Schuld, ein normativer Begriff	45 - 48
---------------------------------------	---------

b) Anders - Sollen und - Können als Grundlagen der Vorwerfbarkeit	48 - 55
--	---------

aa) Die Bedeutung des Anders - Sollens und das Problem der Willensfreiheit	48-53
---	-------

bb) Die Bedeutung des Anders - Könnens und die Zumutbarkeit rechtmäßiger Willensbildung	53-55
---	-------

4) Der strafrechtliche Notstand als unwiderleglicher Entschuldigungsgrund	55 - 58
---	---------

Teil 2

Die Notstandspflichten	59 - 224
Kapitel 3: Rechtspolitische Betrachtung	59 - 173
I Das Strafrecht als Schutz sozial wichtiger Interessen	59 - 61
II Das Problem des verschuldeten Notstands	61 - 69
III Notstandspflichten als Duldungspflichten bei anerkannten Gefahrlagen	69 - 85
1) Der Impf- und Behandlungszwang	70 - 74
2) Die Strafverfolgung	74 - 83
3) Schwangerschaft und Geburt	83 - 85
IV Notstandspflichten als Erfolgsabwendungs- und Einstandspflichten bei Schutzaufgaben	85 - 147
1) Dienst- und Berufspflichten und ehrenamtlich übernommene Schutzpflichten zur Gefahrtragung	86 - 143
a) Schutzpflichten als Hauptaufgabe einer Tätigkeit	86 - 120
aa) Der Soldat	86 - 107
bb) Der Ersatzdienstpflichtige	107 - 111
cc) Der Polizeivollzugsbeamte	111 - 117
dd) Der Feuerwehrmann	117 - 118
ee) Das Mitglied einer privaten Schutzeinrichtung	118 - 120
b) Schutzpflichten als Nebenaufgabe einer Tätigkeit	120 - 143
aa) Die Schutzpflichten des Seemanns, Luftfahrers und vergleichbarer Personen	120 - 129
bb) Schutzpflichten der in der Rechtspflege tätigen Personen und anderer Beamter	129 - 135

cc) Schutzpflichten der in der Kranken-	
pfllege tätigen Personen	135 -137
dd) Schutzpflichten von Personen mit	
Aufsichtsaufgaben	138 -143
2) Vertragliche Pflichten zur Gefahr-	
tragung	143 -145
3) Pflichten zur Gefahrtragung aufgrund	
eines faktischen Treue- oder Vertrauens-	
verhältnisses	145 -147
V Notstandspflichten und Nothilfe	148 -159
1) Das Problem	148 -150
2) Die Lösung aus der Interessenslage des	
Helfers unter Berücksichtigung der Ge-	
samtumstände	150 -159
VI Umfang und Grenzen der Notstandspflichten	160-170
VII Abschließende Betrachtung	171 -173
Kapitel 4: Dogmatische Untersuchung	174 -198
I Gesetzlich geregelte Notstandspflichten	174 -177
II Die strafrechtliche Verbindlichkeit	
der übrigen Gefahrtragungspflichten	177 -190
1) Die Unzulässigkeit einer Analogie zu	
§ 6 WStG	177 -180
2) Die Notstandspflicht als immanente	
Schranke des Notstandsprinzips	180 -190
a) Die verschiedenen Ansichten	180 -185
b) Die soziale Betrachtung des Notstands-	
prinzips	185 -188
c) Die Pflicht zum Bestehen einer Not-	
standslage als Folge einer besonderen	
Sozialpflichtigkeit	188 -190
III Die dogmatische Zuordnung der Notstands-	
pflichten	190 -198
1) Das Verhältniß der allgemeinen Bestim-	
mungsfunktion der Norm zur Notstands-	
pflicht	190 -192
2) Die Zumutung zum Bestehen einer Notstands-	
lage	192 -198
Kapitel 5: Kriminalpolitische Betrachtung	199 -208
I Die Wirksamkeit der strafbewehrten Ge-	
fahrtragungspflicht	199 -203

II Sinn und Aufgabe der Strafe im Bereich der Notstandspflichten	203 - 208
Kapitel 6: Der Irrtum über Notstandspflichten	209 - 219
I Der Irrtum über die grundsätzliche Stellung als Notstandspflichtenträger	209 - 213
II Der Irrtum über Inhalt und Umfang von Notstandspflichten	213 - 219
Kapitel 7: Das rechtstechnische Problem der Be- handlung der Notstandspflichten	220 - 224

L i t e r a t u r n a c h w e i s

- | | |
|--------------------|--|
| Arndt, Adolf | Zu den Einsatzgruppenprozessen.
In " Umwelt und Recht ", Neue Ju-
ristische Wochenschrift, Jahrgang
1964, S. 487 ff |
| " " | Heilsames Recht (Einsatzgruppen-
prozesse). In " Umwelt und Recht ",
Neue Juristische Wochenschrift,
Jahrgang 1964, S. 1310 ff |
| Arndt, Herbert | Wehrstrafrecht. Grundriß, München
und Berlin, 1958 |
| Baumann, Jürgen | Strafrecht. Allgemeiner Teil,
3. stark erweiterte Auflage, Ein
Lehrbuch, Bielefeld, 1964
zitiert: Lehrbuch |
| " " | Rechtmäßigkeit von Mordgeboten.
Neue Juristische Wochenschrift,
Jahrgang 1964, S. 1398 ff |
| Baumgarten, Arthur | Notstand und Notwehr. Tübingen,
1911
zitiert: Notstand und Notwehr |
| " " | Schuld und Willensfreiheit.
Schweizerische Zeitschrift für
Strafrecht, Festgabe für Ernst
Haferkamp, S. 1 - 11, Bern, 1946
zitiert: Schuld und Willensfreiheit |
| Beling, Ernst | Unschuld, Schuld und Schuldstufen.
Leipzig, 1910 |
| Binding, Karl | Systematisches Handbuch der Deut-
schen Rechtswissenschaft. Siebente
Abtheilung, erster Theil, erster
Band, Leipzig, 1885
zitiert: Handbuch |
| " " | Grundriß des Deutschen Strafrechts.
Allgemeiner Teil, 8. Auflage,
Leipzig, 1913
zitiert: AT |
| Bochall, Alfred | Bundesbeamten-gesetz. Kommentar,
2. Auflage, München und Berlin 1958 |

- | | |
|---|---|
| Böhm, Kurt | Der Grund der Strafflosigkeit der Notstandshandlung. Dissertation, Breslau, 1911 |
| Bockelmann, Paul | Zur Schuldlehre des Obersten Gerichtshofs. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 63, S. 13 ff, Berlin, 1950 |
| Brauneck, Anne-Eva | Der strafrechtliche Schuldbegriff. Goldammer's Archiv für Strafrecht, Jahrgang 1959, S. 245 ff |
| Broglio, Paul | Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform. Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 4, Bonn, 1928 |
| Brons (Vorname nicht angegeben) | Der Stil im neuen Strafrecht. Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1922, 1. Jahreshalbband, S. 250 ff |
| zu Dohna, Alexander | Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. durchgesehene Auflage, Bonn, 1950 |
| Dreher, Eduard - Lackner, Karl - Schwalm, Georg | Wehrstrafgesetz. Kommentar, München und Berlin, 1958 |
| Drews, Bill - Wacke, Gerhard | Allgemeines Polizeirecht. 7. Auflage, Berlin, Köln, München, Bonn, 1961 |
| von Ferneck, Alexander Hold | Die Rechtswidrigkeit. Erster Band, Jena, 1903
zitiert: Bd. I |
| " " | Die Rechtswidrigkeit. Zweiter Band, Erste Abteilung, Jena, 1905
zitiert: Bd. II |
| Figge, Robert | Die Verantwortlichkeit des Richters. Süddeutsche Juristenzeitung, Jahrgang 1947, Spalte 179 ff |
| Finger, August | Strafrecht. Das Gesamte Deutsche Recht, Teil 12, S. 413 ff, Berlin 1932 |
| Frank, Reinhard | Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Kommentar, 18. Auflage. |

- Frank, Reinhard
Tübingen, 1931
zitiert: Komm.
Über den Aufbau des Schuldbegriffs.
Festschrift für die juristische
Fakultät Gießen, S. 519 ff,
Gießen, 1907
zitiert: Über den Aufbau
Schuld und Vorwurf im geltenden
Recht. Tübingen, 1922
- Freudenthal, Berthold
Pflichtenkollision als Schuld-
ausschließungsgrund. Festschrift
für Edmund Mezger, S. 311 ff,
München und Berlin, 1954
zitiert: Pflichtenkollision
- Gallas, Wilhelm
Zum gegenwärtigen Stand der Lehre
vom Verbrechen. Zeitschrift für
die gesamte Strafrechtswissen-
schaft, Band 67, Berlin 1955
zitiert: Zum gegenwärtigen Stand
Deutsches Reichsstrafrecht. Lehr-
buch, 2. Auflage, Berlin und
Leipzig, 1932
- Gerland, Heinrich, B.
Schließt die Forderung der Pflicht-
vorstellung als Schuldvorausset-
zung die Zurechnung zum Charakter
aus? Goldammer's Archiv für Straf-
recht und Strafprozeß, 51. Jahr -
gang, S. 340 ff, Berlin 1904
zitiert: Pflichtvorstellung
- " "
Der Notstand, ein Schuldproblem.
Österreichische Zeitschrift für
Strafrecht, Wien, 1913, S. 129 ff
zitiert: Der Notstand
- " "
Gegenentwurf zu den Abschnitten
" Die Straftat " und " Täter und
Teilnehmer " des Strafgesetzent-
wurfs von 1919. Juristische Wo-
chenschrift, Jahrgang 1922, 1. Jah-
reshalbband, S. 252 ff, Leipzig
zitiert: Gegenentwurf

- Goldschmidt, James " Empfiehlt es sich, im Zusammenhang mit der kommenden Strafrechtsreform die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Schuldfähigkeit, Schuld und Ausschluß der Rechtswidrigkeit zu ändern ?" In Verhandlungen des vierunddreißigsten Juristentages zu Köln vom 12. bis 15. September 1926, zweiter Band, erste Sitzung der dritten Abteilung am Montag, den 13. September 1926, Leitsätze, S. 420 ff; Bericht, S. 426 ff, Berlin und Leipzig, 1927 zitiert: 34. DJT
- " " Normativer Schuldbegriff. Festgabe für Reinhard von Frank, Band I, S. 428 ff, Tübingen, 1930 zitiert: Normativer Schuldbegriff
- Grünhut, Max Grenzen des übergesetzlichen Notstands. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 51, S. 455 ff, Berlin, 1931
- Hagen, Wilhelm-Bernhardt, Fritz Kommentar zum Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, Berlin und Frankfurt, 1954
- Heinitz, Ernst Besprechung zu Maurach s " Deutsches Strafrecht ", Allgemeiner Teil. Juristische Rundschau, 1957, S. 79, Berlin
- Henkel, Heinrich Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht. München, 1932 zitiert: Der Notstand
- " " Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip. Festschrift für Edmund Mezger, S. 249 ff, München und Berlin, 1954 zitiert: Zumutbarkeit

- | | |
|-------------------------|--|
| Herzbruch, Arnd | Die Zumutbarkeit der Verbrechensbefolgung als Bedingung der Strafbarkeit. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 338, Breslau-Neukirch, 1934 |
| von Hippel, Robert | Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 42, S. 404 ff, Berlin, 1922 |
| " | zitiert: Die allgemeinen Lehren |
| " | Deutsches Strafrecht. Zweiter Band |
| | Das Verbrechen, Allgemeine Lehren, Berlin, 1930 |
| " | zitiert: Deutsches Strafrecht |
| " | Lehrbuch des Strafrechts. Berlin, 1932 |
| | zitiert: Lehrbuch |
| Jabinski, Nikola | Zur dogmatischen Kritik der Notstands- und Notwehrhandlungen. Dissertation, Halle a.S., 1914 |
| Jäger, Herbert | Betrachtungen zum Eichmannprozeß. Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1962, Heft 3/4, S. 73 ff, München, Berlin, Köln und Bonn |
| Jescheck, Hans-Heinrich | Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform. Tübingen, 1957 |
| " | zitiert: Das Menschenbild |
| " | Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit |
| | Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft |
| | Band 73, S. 180 ff, Berlin, 1961 |
| | zitiert: Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs |
| " | Aufbau und Stellung des bedingten |
| " | Vorsatzes im Verbrechensbegriff. |

- Festschrift für Erik Wolf,
Existenz und Ordnung, S. 473 ff,
Frankfurt/M., 1962
zitiert: Aufbau und Stellung
Zum Analogieverbot im Strafrecht.
Schweizerische Zeitschrift für
Strafrecht, 65. Jahrgang, S. 358ff
Bern, 1950
- Jost, Arthur
- Kadecka, Ferdinand
- " Empfiehlt es sich, im Zusammen-
hang mit der kommenden Strafrechts
reform die Vorschriften des bür-
gerlichen Rechts über Schuldfähig-
keit, Schuld und Ausschluß der
Rechtswidrigkeit zu ändern ?"
In Verhandlungen des vierunddrei-
ßigsten Juristentages zu Köln
vom 12. bis 15. September 1926,
zweiter Band, erste Sitzung der
dritten Abteilung am Montag, den
13. September 1926, Leitsätze,
S. 424 ff; Bericht, S. 459 ff,
Berlin und Leipzig, 1927
- Kaiser, Eberhard
- Verantwortlichkeit von Richtern
und Staatsanwälten wegen ihrer
Mitwirkung an rechtswidrigen To-
desurteilen. Neue Juristische Wo-
chenschrift, Jahrgang 1960, S.
1328 ff
- Kaufmann, Armin
- Die Dogmatik der Unterlassungs-
delikte. Göttingen, 1959
- Kitzinger. (Vorname nicht
angegeben)
- Übergesetzlicher Notstand und
kein Ende. Juristische Wochen-
schrift, Jahrgang 1933, S. 404 ff,
Leipzig
- Kohlrausch, Eduard
- Sollen und Können als Grundlagen
der strafrechtlichen Zurechnung.
Festgabe für Karl Güterbock, S. 3
ff, Berlin, 1910
zitiert: Sollen und Können
- Kohlrausch, Eduard -Lange, Richard
- Strafgesetzbuch.Kommentar,

- Köhler, August 43. Auflage, Berlin, 1961
zitiert: Kohlrausch-Lange
Der Notstand im künftigen Strafrecht. Erlangen, 1926
- Lange, Richard Literaturbericht. Allgemeiner Teil: Reinhardt Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1954, 795 Seiten, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 68. Band, Berlin, 1956, S. 604 ff
- Larenz, Karl Das Problem der Rechtsgeltung. Berlin, 1929
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
begründet von Dr.Dr. Ludwig Ebermayer, Dr. Adolf Lobe, Dr. Werner Rosenberg, siebente, neu bearbeitete Auflage, Band 1, herausgegeben von Dr. Johannes Nagler, Dr. Heinrich Jagusch und Dr. Edmund Mezger gemeinschaftlich mit Dr. Hans Rohde, August Schaefer, Wolfhart Werner und Dr. Erhard Ziegler, Berlin, 1954; zitiert: LK, Nagler - Jagusch
- " " begründet von Dr.Dr. Ludwig Ebermayer, Dr. Adolf Lobe, Dr. Werner Rosenberg, fortgeführt von Dr. Johannes Nagler, neu bearbeitete achte Auflage, erster Band, herausgegeben von Dr. Heinrich Jagusch, Dr. jur. Dr. med. h.c. Edmund Mezger gemeinschaftlich mit August Schaefer, Wolfhart Werner, Berlin, 1957
zitiert: LK, Jagusch
- von Liszt, Franz - Schmidt, Eberhard
Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Erster Band, Einleitung und Allgemeiner Teil, 26. völlig neu bearbei-

- Löwe - Rosenberg
tete Auflage, Berlin und Leipzig, 1932
Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar, herausgegeben von Dr. Hanns Dünnebier, Dr. Friedr. Wilh. Geier, Dr. Heinrich Jagusch, Dr. Max Kohlhaas, Professor Werner Sarstedt, Dr. Karl Schäfer, zweiter Band, §§ 374 a - 474 a StPO, 21. neu bearbeitete Auflage, Berlin 1965
- Maihofer, Werner
Der Unrechtsvorwurf. Festschrift für Theodor Rittler, S. 141 ff, Aalen, 1957
- Marcetus, Karl
Der Gedanke der Zumutbarkeit. Breslau, 1928
- Martin, Ludwig
Anmerkung zu dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15. 12. 1955. Wiedergegeben bei Lindenmaier - Möhring, zu § 52 Nr. 8
- Maurach, Reinhart
Kritik der Notstandslehre. Berlin, 1935
zitiert: Kritik
- " "
- Schuld und Verantwortung im Strafrecht. Wolfenbüttel und Hannover, 1948
zitiert: Schuld und Verantwortung
- " "
- Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, 3. erweiterte und bearbeitete Auflage, Karlsruhe, 1965
zitiert: AT
- Mayer, Hellmuth
Der bindende Befehl im Strafrecht. Festgabe für Reinhard von Frank, Band I, S. 598 ff, Tübingen, 1930
zitiert: Der bindende Befehl
- " "
- Strafrecht. Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln, 1953
zitiert: Strafrecht
- Mayer, Max - Ernst
Der Allgemeine Teil des Deutschen

- Meyer, Alex Strafrechts. 2. unveränderte Auflage, Heidelberg, 1923
Rechtliche Glossen zum Fall Nobile.
Archiv für Luftrecht, Jahrgang
1932, S. 59 ff, Königsberg und
Berlin W.
- Mezger, Edmund Strafrecht. Ein Lehrbuch, 1. Auflage, Münch-en, 1931
zitiert: Lehrbuch, 1. Aufl.
- " " Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Auflage, Berlin und München, 1949
zitiert: Lehrbuch, 3. Auflage
- " " Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik. Berlin und München, 1950
zitiert: Moderne Wege
- Mezger, Edmund - Blei, Hermann Strafrecht I. Allgemeiner Teil,
Ein Studienbuch von Edmund Mezger,
fortgeführt von Hermann Blei, 10.
neu bearbeitete Auflage, München
und Berlin, 1963
zitiert: Mezger-Blei, Studienbuch
- Neubecker, F. K. Zwang und Notstand in rechtsver-
gleichender Darstellung. Band I,
Leipzig, 1910
- Niederschriften über die Sitzungen der Großen
Strafrechtskommission:
2. Band, Allgemeiner Teil, 14. bis
25. Sitzung, Bonn, 1958
zitiert: Niederschriften, 2. Bd.
- " " 12. Band, zweite Lesung des Ent-
wurfs, Allgemeiner Teil, Bonn,
1959
zitiert: Niederschriften, 12. Bd.
- Nowakowski, Friedrich Freiheit, Schuld, Vergeltung.
Festschrift für Theodor Rittler,
S. 55 ff, Aalen, 1957
- Oehler, Dietrich Die Achtung vor dem Leben und die
Notstandshandlung. Juristische
Rundschau, Jahrgang 1951, S. 489 ff,
Berlin

- Oetker, Friedrich
Notwehr und Notstand. Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Band 2, S. 255 ff, Berlin, 1908
zitiert: Notwehr und Notstand, VDA
- " " Notwehr und Notstand. Festgabe für Reinhard von Frank, Band I, S. 359 ff, Tübingen, 1930
zitiert: Notwehr und Notstand, Festgabe
- Olshausen, Justus
Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Erster Band, 8. Auflage, Berlin, 1909
zitiert: Komm., 8. Aufl.
- " " Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Erste Lieferung 12. Auflage, bearbeitet von Dr. Hans Freiesleben, Dr. Max Hörchner, Dr. Karl Kirchner, Dr. Emil Niethammer, Berlin, 1942
zitiert: Komm., 12. Aufl.
- Peters, Karl
Die Tötung von Menschen in Notsituationen. Juristische Rundschau, Jahrgang 1950, S. 742 ff, Berlin
- Petters, Walter - Preisendanz, Holga
Strafgesetzbuch von Dr. Walter Petters, 25. Auflage, völlig neu bearbeitet von Holga Preisendanz, Berlin, 1965
- Pohlmann, Hans - Hasemann, Karl
Strafvollstreckungsordnung. Kommentar, 3. Auflage, Bielefeld, 1959
- Radbruch, Gustav
Zur Systematik der Verbrechenslehre. Festgabe für Reinhard von Frank Band I, S. 158 ff, Tübingen, 1930
zitiert: Zur Systematik
- " " Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. Süddeutsche Juristenzeitung, Jahrgang 1946, Spalte 105 ff
zitiert: Gesetzliches Unrecht

- Rittau, Martin Wehrstrafgesetz vom 30. März 1957 mit Einführungsgesetz. Berlin, 1958; sowie Nachtrag zum Wehrstrafgesetz, Berlin, 1961
- Roesen, Anton Rechtsfragen der Einsatzgruppenprozesse. Neue Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1964, S. 133 ff
- Rosenthal, Walter Anmerkung zu dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29.10.1957. Zeitschrift für Recht in Ost und West, Jahrgang 1958, S. 82 ff, Berlin
- Sauer, Wilhelm Allgemeine Strafrechtslehre. Grundlagen des Strafrechts, 3. Auflage, Berlin, 1955
- Schaffstein, Friedrich Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner Übergesetzlicher Schlußausschließungsgrund. Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, Heft 15, Leipzig, 1933
- Schaps, Georg - Abraham, Jürgen Das Deutsche Seerecht. Zweiter Band Berlin, 1962
zitiert: Bd. II
- " " Das Deutsche Seerecht. Dritter Band, Berlin, 1964
zitiert: Bd. III
- Scherer, Werner Soldatengesetz. Kommentar, 2. neu bearbeitete Auflage, Berlin und Frankfurt/M., 1960; sowie Nachtrag 1961
- Schlösser, Siegfried Strafrechtliche Verantwortlichkeit ehemaliger Richter an Sondergerichten. Neue Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1960, S. 943 ff
- Schmidt, Eberhard Das Reichsgericht und der " Übergesetzliche Notstand". Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 49, S. 350 ff, Berlin, 1929
zitiert: Das Reichsgericht

- Schmidt, Eberhard Militärstrafrecht. Berlin, 1936
 zitiert: Militärstrafrecht
- " " Lehrkommentar zur Strafprozeß-
 ordnung und zum Gerichtsverfas-
 sungsgesetz. Teil II, Göttingen,
 1957
 zitiert: Lehrkommentar
- Schönke, Adolf - Schröder, Horst Strafgesetzbuch. Kommentar, 12.
 neu bearbeitete Auflage, München,
 Berlin, 1965
- Schröder, Horst Vorsatz und Schuld. Monatsschrift
 für Deutsches Recht, Jahrgang
 1950, S. 646 ff, Bleckede a.d.Elbe
 zitiert: Vorsatz und Schuld
- " " Die Notstandsregelung des Ent-
 wurfs 1959 II. Festschrift für
 Eberhard Schmidt, S. 290 ff, Göt-
 tingen, 1961
 zitiert: Die Notstandsregelung
- Schwarz, Otto - Dreher, Eduard Strafgesetzbuch. 27. neu bearbei-
 tete Auflage, München und Berlin,
 1965
- Schwinge, Erich Militärstrafgesetzbuch. Kommentar,
 5. Auflage, Berlin, 1943
- Siegert, Karl Notstand und Putativnotstand. Bei-
 träge zur Strafrechtswissenschaft,
 Neue Folge, Band 2, Tübingen 1931
- Simonson, A. Der " Mignonette "- Fall. Zeit-
 schrift für die gesamte Straf-
 rechtswissenschaft, Band 5, Jahr-
 gang 1885, S. 367 ff, Berlin
- Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahl-
 periode 1953:
 Schriftlicher Bericht vom 29.2.
 1956 des Ausschusses für Verteidigung
 (6. Ausschuß) des Deutschen
 Bundestages über den Entwurf eines
 Gesetzes über die Rechtsstellung
 des Soldaten (Soldatengesetz).

- Verhandlungen Band 40a, Drucksache Nr. 2140, Bonn, 1956
zitiert: Verh. 2. DBT, Bd. 40 a
des Deutschen Bundestages, 2. Wahl-
periode 1953:
Anlagen zu den stenographischen
Berichten, Band 47, Drucksachen
Nr. 2981 bis 3065, Bonn, 1956/57
zitiert: Verh. 2. DBT, Bd. 47
- " " Anlagen zu den stenographischen Be-
richten, Band 46, Drucksachen Nr.
2851 bis 2980, Bonn, 1956
zitiert: Verh. 2. DBT, Bd. 46
- " " des Deutschen Bundestages, 3. Wahl-
periode 1957:
Anlagen zu den stenographischen Be-
richten, Band 55, Drucksachen Nr.
1 bis 130, Bonn, 1957/58
zitiert: Verh. 3. DBT, Bd. 55
- Wachinger, Michael Der übergesetzliche Notstand nach
der neuesten Rechtsprechung des
Reichsgerichts. Festgabe für Rein-
hard von Frank, Band I, S. 469 ff,
Tübingen, 1930
- von Weber, Hellmuth Das Notstandsproblem und seine Lö-
sung in den deutschen Strafgesetz-
entwürfen von 1919 und 1925. Leip-
ziger rechtswissenschaftliche Stu-
dien, herausgegeben von der juristi-
schen Fakultät, Heft 12, Leipzig,
1925
zitiert: Das Notstandsproblem
Grundriß des Deutschen Strafrechts.
2. Auflage, Bonn, 1948
- " " zitiert: Grundriß
Die Grenzen der strafrechtlichen
Verantwortlichkeit. Bonn, 1943
zitiert: Die Grenzen
- Weimar, Wilhelm Darf sich der Luftfahrer im Not-
stand auf § 54 StGB berufen? Zeit-
schrift für Luftrecht, Band V, S. 107
ff, Köln, 1956

Welzel, Hans

Persönlichkeit und Schuld. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 60, Jahrgang 1941, S. 428 ff, Berlin

" "

zitiert: Persönlichkeit

Zum Notstandsproblem. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 63, S. 47 ff, Jahrgang 1950, Berlin

zitiert: Zum Notstandsproblem

" "

Das neue Bild des Strafrechtssystems. Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Band 1, 4. Auflage, Göttingen, 1961

zitiert: Das neue Bild

" "

Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 9. Auflage, Berlin, 1965

zitiert: Das Deutsche Strafrecht

" "

Gesetzmäßige Judentötungen ? Neue Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1964, S. 521 ff

zitiert: NJW 1964

Wolf, Erik

Strafrechtliche Schuldlehre. Erster Teil, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1928

zitiert: Schuldlehre

" "

Krisis und Neubau der Strafrechtsreform. Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 103, Tübingen, 1933

zitiert: Krisis und Neubau

" "

Große Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte. 3. neu bearbeitete Auflage, Tübingen, 1951

zitiert: Große Rechtsdenker

Würtenberger, Thomas

Zur Problematik der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit. Juristenzeitung Jahrgang 1954, S. 209 ff, Tübingen

zitiert: Zur Problematik

" "

Vom Rechtsstaatsgedanken in der Leh-

re der strafrechtlichen Rechts-
widrigkeit. Festschrift für Theo-
dor Rittler, S. 125 ff, Aalen,
1957

zitiert: Rechtsstaatsgedanke
Die geistige Situation der deut-
schen Strafrechtswissenschaft. 2.
Auflage, Karlsruhe, 1959
zitiert: Die geistige Situation

Würtenberger, Thomas

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Bay ObLG St	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen (München)
B B G	Bundesbeamtengesetz in der Fassung vom 1.10.1961 (BGBl I S. 1802)
Bd.	Band
BDH	Bundesdisziplinarhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH St	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen (Berlin und Köln)
B Seuch G	Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen (Bundesseuchengesetz) vom 18.7.1961 (BGBl. I S. 1012)
B Verf GE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Tübingen)
B Verw GE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Berlin)
DBT	Deutscher Bundestag
Drucks.	Drucksache
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift (Tübingen)
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (Köln)
2. DVO G Krank G	Zweite Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechts- krankheiten vom 5.7.1955 (BGBl.I S.402)
E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) mit Begründung, Bundesratsvorlage, Drucksache 200/62, Bonn 1962
Ersatz G	Gesetz über den zivilen Ersatzdienst vom 13.1.1960 in der Fassung des Geset- zes vom 21.4.1961 (BGBl.I, 457)

ff	und folgende Seiten
GBI.	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 (BGBI. S.1) in der Fassung des 12. Gesetzes zur Än- derung des Grundgesetzes vom 6.3.1961 (BGBI. I S. 141)
G Krank G	Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechts- krankheiten vom 23.7.1953 (BGBI. I S. 700)
GS	Gesetzessammlung
GV Bl	Gesetz-und Verordnungsblatt
HES	Höchststrichterliche Entscheidungen, Samm- lung von Entscheidungen der Oberlandes- gerichte und der Obersten Gerichte in Strafsachen (Heidelberg)
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897 (RG Bl. S. 219) in der Fassung des Gesetzes vom 2.3.1959 (BGBI. I S. 77)
h.M.	herrschende Meinung
Impf G.	Impfgesetz vom 8.4.1874 (RGI. S.31)
Komm.	Kommentar
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, Serie 1956 -1960, 11. Bd., StGB, München und Berlin
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Ham- burg)
MSG	Militärstrafgesetz vom 20.6.1872 in der Fassung des Gesetzes vom 16.7.1935 (RGI. I S. 1021)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München, Berlin, Frankfurt/Main)
Nr.	Nummer
OGH Br. 2	Entscheidungen des Obersten Gerichts- hofs für die Britische Zone in Strafsa- chen (Berlin)
OLG	Oberlandesgericht
Rdn.	Randnummer
RGI.	Reichsgesetzblatt

RG St	Antliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Leipzig, Berlin und Leipzig, Berlin)
ROW	Zeitschrift für Recht in Ost und West. Zeitschrift für Rechtsvergleichung und interzonale Probleme (Berlin)
S.	Seite
See G	Seemannsgesetz vom 26.7.1957 (BGBl. II S. 713)
See O	Seemannsordnung vom 2.6.1902 (RGBL. I S. 179)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Heidel- berg)
Sold G	Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten (Soldatengesetz vom 19.3. 1956 in der Fassung des Gesetzes vom 9.7.1962 (BGBl. I S. 447)
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch vom 15.5.1871 (RGBL. S. 127) in der Fassung des sechsten Strafrechtsänderungsgesetzes vom 30.6. 1960 (BGBl. I S. 478)
StPO	Strafprozeßordnung vom 1.2.1877 (RGBL. S. 253) in der Fassung des Änderungs- gesetzes vom 19.12.1964 (BGBl. I S. 1067)
St Voll Str O	Strafvollstreckungsordnung vom 15.2. 1956 in der Fassung des Gesetzes vom 1.12.1958, Bundesanzeiger Nr. 240
vergl.	vergleiche
Verh.	Verhandlungen
W Pfl G	Wehrpflichtgesetz vom 21.7.1956 in der Fassung des Gesetzes vom 25.5.1962 (BGBl. I S. 349)
W St G	Wehrstrafgesetz vom 30.3.1957 (BGBl. I S. 298)
z.B.	zum Beispiel

E i n l e i t u n g

a) Das Problem und seine wissenschaftliche Behandlung

Jedem, der sich mit Problemen des strafrechtlichen Notstands (§§ 52, 54 StGB) beschäftigt, begegnet eine unübersehbare Fülle von Schrifttum. Dieses rege Interesse an Notstandsproblemen beruht darauf, daß der Notstand " zu den immanenten Problemen des Strafrechts gehört " ¹⁾, zu deren Lösung stets bis auf die Grundfragen des Strafrechts zurückgegangen werden muß. Goldschmidt hat die Notstandsbestimmungen als den " Rechtsmikrokosmos " bezeichnet, weil sie auf kleinem Gebiet die Aufgabe des Interessenwiderstreites lösen, die dem Recht im großen obliegt. ²⁾

Die zahlreichen Untersuchungen zum strafrechtlichen Notstand haben Mezger schon im Jahre 1931 zu der Äußerung veranlaßt, die Notstandslehre gehöre " zu den am besten geklärten Lehren ". ³⁾ Können auch die allgemeinen Probleme des strafrechtlichen Notstands im wesentlichen als erschöpft behandelt angesehen werden, so fehlt es hinsichtlich einiger Einzelfragen an einer abschließenden Stellungnahme. Zu diesen Einzelfragen gehören die Probleme im Zusammenhang mit den Pflichten zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands. ⁴⁾ (Notstands-

1) Maurach, Kritik, S. 1

2) Goldschmidt, Der Notstand, S. 196

3) Mezger, Lehrbuch, 1. Aufl., S. 37⁰ Anm. 16; gegen ihn: Henkel, Der Notstand, S. 27

4) vergl. Henkel, ebenda, S. 133; LK, Nagler-Jagus, § 54 III 1g, S. 382; Kaufmann, S. 153 Anm. 159

pflichten)¹⁾.

Von Notstandspflichten spricht man dann, wenn einem Täter die Berufung auf den strafbefreienden Notstand verwehrt ist. Ihre Problematik spielt in der Notstandsliteratur eine untergeordnete Rolle. Selten findet man neben rein rechtspolitischen Erwägungen auch eine dogmatische Begründung für die Verbindlichkeit von außerstrafrechtlichen Gefahrtragungspflichten als Notstandspflichten. Insgesamt betrachtet erscheint das Bestehen von Notstandspflichten als gesicherter Rechtsbestand.²⁾ Dazu hat wesentlich eine vielbeachtete Entscheidung des Reichsgerichts beigetragen. Nach ihr kann sich entsprechend der (früheren) Regelung für Soldaten in den §§ 49 Abs.1, 84, 85, 87 MStG und für Seeleute in den §§ 34, 41 See O - für das geltende Recht wären der § 6 WStG und die §§ 29 Abs.2 bis 4, 109 See G anzuführen - nicht auf Notstand berufen, " wer beruflich oder dienstlich verpflichtet ist, unter Einsatz von Leib und Leben tätig zu werden ".³⁾ Die Große Strafrechtskommission hat während ihrer Arbeiten die Probleme im Bereich der Notstandspflichten ebenfalls nur am Rande beachtet. Es könnte müßig sein, sich ausführlich mit der Begründung, dem Inhalt, Umfang und den Grenzen der Notstandspflichten zu beschäftigen, weil nach Lehre und Recht-

1) Im allgemeinen findet sich als abkürzende Bezeichnung der Begriff der Notpflichten. Für viele: Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S. 370 ff; Henkel, Der Notstand, S. 131 ff; LK, Jagusch, § 54 2d, S. 416. Dieser Begriff wird hier nicht verwendet, um eine Unterscheidung von den " Notpflichten " treffen zu können, die den rechtfertigenden (übergesetzlichen) Notstand ausschließen und deshalb Notrechtspflichten genannt werden sollen.

2) vergl. LK, Nagler-Jagusch, § 54 III 1g, S. 382

3) RG St 72, S. 246

sprechung ein " Problem " im Hinblick auf diese Pflichten anscheinend gar nicht oder kaum besteht. Ein Rechtsbegriff wie der der Notstandspflicht muß aber solange problematisch bleiben, wie er nicht dogmatisch ausreichend begründet und erklärt, sowie in das System des Strafrechts eingeordnet ist.¹⁾

Erörterungen über den Begriff der Notstandspflichten haben nicht nur theoretische Bedeutung. Von Weber erklärt die seltene Anwendung des § 54 StGB durch die Rechtsprechung gerade mit dem Bestehen von Notstandspflichten.²⁾ Es ist daher gerechtfertigt und erforderlich, sich eingehend den Problemen der Pflichten zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands zuzuwenden.

b) Aufgabe und Gang der Untersuchung

Vorliegende Arbeit will in Auseinandersetzung mit Lehre und Rechtsprechung versuchen, die Bedeutung der Notstandspflichten aufzuzeigen, ihren Inhalt, Umfang sowie ihre Grenzen festzulegen und die dogmatische Einordnung in den verfeinerten Verbrechensaufbau vorzunehmen. Mit diesen Aufgaben ist der Gang der Untersuchung bereits weitgehend vorgezeichnet.

Zunächst sollen in Teil 1 der Arbeit allgemeine Erörterungen zum strafrechtlichen Notstand die Grundlagen aufzeigen, von denen der Verfasser der Arbeit bei der Behandlung der Notstandspflichten ausgeht. Dabei befaßt sich Kapitel 1 mit der Notstandslage, während Kapitel 2 die systematische Stellung des strafrechtlichen Notstands im Verbrechensaufbau erörtert. Aus dem der Arbeit gesteckten Rahmen ergeben sich notwendig Grenzen für

1) vergl. grundsätzlich Wolf, Schuldlehre, S. 9

2) von Weber, Die Grenzen, S. 6

diese Untersuchungen. Unter der Fülle der auftauchenden Fragen kann nur auf solche näher eingegangen werden, die für das Verständnis der Probleme im Bereich der Notstandspflichten bedeutsam sind. Dazu gehört, wenigstens kurz zu den Grundfragen des Schuldproblems Stellung zu nehmen. Es entspricht nunmehr fast einhelliger Meinung, in dem strafrechtlichen Notstand einen Entschuldigungsgrund zu sehen. Auch ist die heute herrschende normative Schuldauuffassung gerade im Hinblick auf das Notstandsproblem von Frank, Goldschmidt und M.E. Mayer begründet worden.¹⁾

Nach den grundsätzlichen Ausführungen zum strafrechtlichen Notstand behandelt Teil 2 der Arbeit die Pflichten zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands. Warum und in welchem Umfang Notstandspflichten gefordert werden müssen, soll als rechtspolitische Untersuchung Kapitel 3 beantworten. Das 4. Kapitel enthält die dogmatische Erörterung über die rechtliche Begründung und Einordnung der Notstandspflichten in den Verbrechenso Aufbau. Die kriminalpolitische Betrachtung darüber, ob angesichts einer Notstandsgefahr die Strafe überhaupt Wirksamkeit entfalten kann, folgt in Kapitel 5. Danach schließen sich Sonderfragen im Zusammenhang mit den Notstandspflichten an. In Kapitel 6 werden Irrtumsfälle dargestellt. Mit der Behandlung der Notstandspflichten als rechtstechnisches Problem schließt die Arbeit in Kapitel 7.

Die Probleme im Bereich der Notstandspflichten fordern wegen des Widerstreites von Individual- und Gemeinschaftsinteressen zu einer wertbezogenen Betrachtung der Notstandslage heraus. In stetem Blick auf die

1) vergl. von Weber, Das Notstandsproblem, S. 7, 8

sachliche Problemlage muß der Rechtsbegriff der Notstandspflicht inhaltlich von den Werten der Sittlichkeit geprägt und mit der sozialen Wirklichkeit in Einklang gebracht werden.¹⁾ Das reine Zweckdenken hat hier fernzubleiben. Die Verbindlichkeit hoher verpflichtender Werte, wie sie gerade die Notstandspflichten voraussetzen, kann nur aus obersten Maßstäben des Rechts und der Sittlichkeit abgeleitet werden.²⁾ Durch dieses Bekenntnis verläßt die Arbeit nicht die juristisch-wissenschaftliche Betrachtungsweise, deren Stoff die vom Rechte verwendeten Begriffe sowie ihre systematische Auslegung sind. Die Strafrechtswissenschaft ist vielmehr in besonderem Maße "auf vorwissenschaftliche Erkenntnisse und außerrechtliches Material angewiesen, das sie zu spezifisch kriminalistischen Begriffen umzuformen hat".³⁾ Aus diesem Grunde stimmt das Strafrecht weitgehend mit der Sittlichkeit überein und zieht aus ihr seine innere Überzeugungskraft.⁴⁾ Letztlich führen alle Fragen nach der Methode, der Rechtsgeltung, dem Strafzweck sowie dem Verhältnis von Recht und Sittlichkeit in ihrer Lösung zurück auf weltanschauliche Grundhaltungen, deren Begründung nicht mit juristischen, sondern allenfalls mit philosophischen oder erkenntnistheoretischen Methoden versucht werden kann.⁵⁾

1) vergl. Wolf, Schuldlehre, S. 115; ferner zur Methode des Problem Denkens: Würtenberger, Die geistige Situation, S. 10 ff

2) vergl. grundsätzlich Würtenberger, ebenda, S. 17

3) Wolf, ebenda, S. 80

4) Jescheck, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs, S. 208

5) vergl. Schaffstein, S. 80

T e i l 1

Der strafrechtliche Notstand

Kapitel 1: Die Notstandslage

I Das Verhältnis des Nötigungsstands (§ 52 StGB) zum allgemeinen Not- stand (§ 54 StGB)

Das geltende Recht regelt den strafbefreienden Notstand in den §§ 52, 54 StGB.¹⁾

Dabei unterscheidet es zwischen dem Nötigungsstand im Sinne des § 52 StGB und dem Notstand im Sinne des § 54 StGB. In beiden Fällen droht einer Person oder ihrem Angehörigen eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben, die im Gegensatz zur Notwehr nicht durch Verletzung eines Angreifers, sondern nur durch einen Eingriff in bis dahin unbeteiligte Interessen Dritter abgewendet werden kann.

Der Notstand im Sinne des § 54 StGB hebt sich von dem Nötigungsstand dadurch ab, "daß die Gefahr entweder überhaupt nicht durch Drohung, sondern durch Naturkräfte hervorgerufen, oder daß zwar die Gefahr durch eine Drohung begründet worden ist, der Drohende aber die Abwehrhandlung nicht abge-
nötigt hat".²⁾ Grundsätzlich unterscheiden sich beide Fälle nicht, weil die Notstandslage für den Täter die gleiche ist, mag sie so oder so entstanden sein. Der § 52 StGB regelt somit ohne zwingenden Grund einen

1) Zur Geschichte des Notstands vergl. die Darstellung bei: Binding, Handbuch, S.755, 756 ff; AT, S. 193; von Hippel, Deutsches Strafrecht, S. 216 ff; von Weber, Das Notstandsproblem, S. 1ff; ferner die Literaturhinweise bei Henkel, Der Notstand, S.6 Anm.1; Siegert, S. 2 Anm.1; Anm.2 enthält Angaben zu rechtsvergleichenden Arbeiten

2) RG St 66, 398

bloßen Anwendungsfall des § 54 StGB.¹⁾ Allerdings steht in § 54 StGB neben der gegenüber § 52 StGB sachlich bedeutungslosen Erweiterung der Gefahrenquelle eine Einschränkung dieser Vorschrift, da der Notstand des § 54 StGB im Gegensatz zum Fall des § 52 StGB unverschuldet sein muß.

Im Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches E 1962 ist der Nötigungsstand neben dem Notstand im allgemeinen Sinne nicht mehr ausdrücklich aufgeführt.²⁾ Eine gesonderte Behandlung des Nötigungsstands ist grundsätzlich schon in der vorliegenden Arbeit entbehrlich, weil sich alle Fälle des § 52 StGB ohne weiteres unter § 54 StGB bringen lassen.³⁾

II Die Voraussetzungen des strafrechtlichen Notstands

Voraussetzung des strafrechtlichen Notstands ist der Eintritt einer Notstandslage. Diese liegt nur vor bei " gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben ". Nach von Weber ist der Begriff Gefahr für Leib oder Leben " rechtssprichwörtlich " zu verstehen.⁴⁾ Er schließt gemäß weitverbreiteter Überzeugung die Gefahr bloß unerheblicher Körperverletzung aus.⁵⁾ Da der Grundgedanke des

-
- 1) für viele: von Hippel, Lehrbuch, S.115; Maurach (Schuld und Verantwortung, S.31 Anm. 19) unter Aufgabe seiner früheren Meinung in der " Kritik der Notstandslehre" (S.124,127), in der er im Anschluß an Neubecker (S.4,321) eine einheitliche Behandlung des Erfolgszwangs (§54 StGB) und des Absichtszwangs (§ 52 StGB) abgelehnt hatte; zu Dohna, S. 45
 - 2) vergl. § 40 E 1962 und die Begründung auf S.161
 - 3) vergl. Eb.Schmidt, Niederschriften, 2.Bd.S.143
 - 4) von Weber, Grundriß, S.126
 - 5) für viele: Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S.340; von Hippel, Lehrbuch, S.116; Olshausen läßt nur eine Körperverletzung im Sinne des § 224 StGB gelten: Komm., 8.Aufl., §52, Anm.9

strafrechtlichen Notstands die Bedrohung der Existenz des Betroffenen ist,¹⁾ ist auch Leibesgefahr nur anzuerkennen, wenn sie jederzeit in echte Lebensgefahr umschlagen kann.²⁾ Zum Bestehen geringfügiger Gefahren und " unangenehmer Lagen " ist jedermann verpflichtet.³⁾ Um der bloßen körperlichen Unversehrtheit willen darf nicht ohne weiteres das Leben eines anderen vernichtet werden.⁴⁾

Die Gefahr für Leib oder Leben muß " gegenwärtig " sein. Darunter versteht man einen Zustand, " der nach menschlicher Erfahrung bei natürlicher Weiterentwicklung der gegebenen Sachlage den Eintritt einer Schädigung sicher oder doch höchstwahrscheinlich macht, wenn nicht alsbald eine Abwehrmaßnahme getroffen wird".⁵⁾

Die Ursache einer Notstandslage ist für ihre rechtliche Beurteilung unerheblich. Sie kann auf Naturereignissen und auf dem Verhalten von Personen beruhen, sowie von diesen durch unwiderstehliche Gewalt oder durch Drohung hervorgerufen werden. Unwiderstehliche Gewalt liegt vor, wenn die Einwirkung auf den Körper eines anderen geeignet und dazu bestimmt ist, die Freiheit der Willensbildung oder -betätigung zu beeinträchtigen (vis compulsiva). Eine Drohung besteht, wenn ein Übel in Aussicht gestellt wird, auf dessen Eintreten der Drohende Einfluß zu haben vorgibt.⁶⁾

1) Jescheck, Niederschriften, 12. Bd., S. 194

2) Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S. 192

3) Broglio, S. 37

4) LK, Jagusch, § 54 Anm. 5d, S. 421; a.A. RG St 61, 249; Henkel, Der Notstand, S. 13

5) RG St 66, 225; auch bei Dauergefahr: RG St 60, 320; BGH St 5, 373; a.A. OLG Celle, DRZ, 1947, S. 134

6) für viele: Mezger-Blei, Studienbuch, S. 193; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 163

Ob die erwähnten Merkmale einer Notstandslage vorliegen, bedarf jeweils sorgfältiger Prüfung. Je schwerer die abgenötigte Straftat ist, um so strengere Anforderungen sind an diese Prüfung zu stellen.¹⁾ Das folgt vor allem daraus, daß bei Vorliegen der Notstandsvoraussetzungen der grundsätzlich unverbrüchliche Schutz rechtlich anerkannter Interessen Dritter eine einschneidende Ausnahme erleidet. Wegen dieses Ausnahmecharakters der Notstandsbestimmungen darf die Notstandshandlung immer nur der letzte Ausweg der Selbstbehauptung sein, und der Täter muß stets den geringsten Eingriff in fremde Interessen wählen.

1) vergl. BGH NJW, 1963, S. 1259

Kapitel 2: Die systematische Stellung des strafrechtlichen Notstands im Verbrechensaufbau

I Die verschiedenen Auffassungen

Grundlage des herrschenden Verbrechensbegriffs ist seit Beling der dreiteilige Aufbau. Nach ihm ist Verbrechen die tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Handlung.¹⁾ Hierbei gilt vor allem die Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld als ein "Fundamentalsatz der heutigen Strafrechtslehre".²⁾ Somit kann es für das Verständnis des strafrechtlichen Notstands nicht belanglos sein, ob er rechtfertigt, entschuldigt oder in sonstiger Weise von Strafe befreit.

Früher betrachtete eine weit verbreitete Meinung den strafrechtlichen Notstand im Zusammenhang mit dem Rechtswidrigkeitsproblem. Das Ergebnis war nicht einheitlich. Nach einer Ansicht war die Notstandshandlung nicht rechtswidrig³⁾, gemäß einer anderen zwar nicht rechtmäßig aber unverboden.⁴⁾ Eine weitere Meinung

1) Vergl. zur Entwicklungsgeschichte des Verbrechensbegriffs: Jescheck, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs, S. 181 ff; ferner Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 47 ff. Einen viergliedrigen, dualistischen Verbrechensaufbau vertritt Maihofer, S. 163

2) Jescheck, Aufbau und Stellung, S. 477

3) vergl. im einzelnen: von Ferneck, Bd. II, S. 144; Jabinski, S. 20; Broglio, S. 2423; Köhler, S. 33, jedoch nur, soweit sich der Täter nicht im Mittel vergriffen hat; Freudenthal, S. 9; von Hippel, Deutsches Strafrecht, S. 231; Oetker, Notwehr und Notstand, Festgabe, S. 383; Gerland, S. 152; von Weber, Das Notstandsproblem, S. 89; nur bezüglich des § 54 StGB: LK, Nagler-Jagusch, § 54 Anm. III 2a, S. 383

4) vergl. Binding, AT, S. 194; Böhm, S. 49; aus grundsätzlichen logischen und dogmatischen Erwägungen gegen diese Auffassung: Liszt-Schmidt, S. 186, Anm. 17; bezüglich dieses Einwandes a.A.: Henkel, Der Notstand, S. 35

sah in den Notstandsbestimmungen Strafausschließungsgründe.¹⁾ Seit dem bahnbrechenden Urteil des Reichsgerichts vom 11.3.1927²⁾ ist die sogenannte Differenzierungstheorie herrschend geworden.³⁾ Sie unterscheidet zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem strafrechtlichen Notstand. Die §§ 52 und 54 StGB sieht sie als Entschuldigungsgründe an.⁴⁾ Da die Rechtfertigung einer Handlung ihrer Entschuldigung vorgeht, regeln die §§ 52 und 54 StGB nach dieser Auffassung nur die Notstandsfälle, die nicht schon nach den zum übergesetzlichen Notstand entwickelten Grundsätzen gerechtfertigt sind.⁵⁾ Dabei ist die Reichweite

-
- 1) für einen sachlichen Strafausschließungsgrund: Neubecker, S. 210; Beling, S. 9; vergl. auch die Ansicht Kaufmanns, der zwar von Beling ausgeht, aber letztlich den strafrechtlichen Notstand als ein Problem "des Ausmaßes der Schuld" betrachtet (S. 156), weil § 54 StGB einen "Unrechtsminderungsgrund" enthalte (S. 157); ferner Olshausen (nur bei § 52 StGB), Komm. 8. Aufl., § 52 Anm. 3; für einen persönlichen Strafausschließungsgrund bei § 54 StGB: Olshausen, a.a.O., § 54 Anm. 3
 - 2) RG St 61, S. 249 ff
 - 3) vergl. Siegert, S. 23 Anm. 3; Maurach, Kritik, S. 5
 - 4) Liszt-Schmidt, S. 201 ff; Frank, Komm. § 54 Anm. III; Finger, S. 525; zu Dohna, S. 33; Olshausen, Komm. 12. Aufl., § 52 Anm. 2; Sauer, S. 124; Schönke-Schröder, § 54 Rdn. 1; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 162; Kohlrausch-Lange, § 52 Anm. I 1; Mezger-Blei, Studienbuch, S. 192; a.A. Mayer, Hellmuth, der gemäß seiner subjektiven Einheitstheorie den "subjektiven Notstand" als einen Unrechtsausschließungsgrund ansieht: Strafrecht, S. 191; ferner Gallas, der § 54 StGB als einen persönlichen Strafausschließungsgrund ansieht: Pflichtenkollision, S. 323; für einen teilweise sachlichen Strafausschließungsgrund: Oehler, S. 494; für einen Rechtfertigungs-Entschuldigungs- oder Strafausschließungsgrund: Peters, S. 746
 - 5) Liszt-Schmidt, S. 201; Frank, Komm. § 54, Anm. 3; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 162; eingehend zum übergesetzlichen Notstand: Eb. Schmidt, Das Reichsgericht, S. 350 ff; Wachinger, S. 469 ff; Grünhut, S. 455 ff; Kitzinger, S. 405 ff; Mezger-Blei, Studienbuch, S. 126 ff; Baumann, Lehrbuch, S. 302 ff; Maurach, AT, § 27 IV

des übergesetzlichen Notstands unbegrenzt, sofern " bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das von ihm geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Das gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden!"¹⁾ Damit wird für die vorrangige Rechtswidrigkeitsprüfung besonders die Rechtsgüterordnung bedeutsam.²⁾ An der Spitze der Rechtsgüter steht wesentlich unangefochten " das menschliche Leben als Grundvoraussetzung der Persönlichkeit (Art.1, Art.2, Abs.2 GG); daneben behauptet sich der Bestand des Staates (§ 80)." ³⁾ Der strafrechtliche entschuldigende Notstand regelt daher nach herrschender Ansicht vor allem die Rettungshandlung durch einen Leibes- oder Lebensangriff.⁴⁾

Dieses Ergebnis vertreten grundsätzlich auch Maurach ⁵⁾ und Kaufmann ⁶⁾, obwohl sie hinsichtlich der dogmatischen Einordnung des strafrechtlichen Notstands eine Sonderstellung einnehmen. Maurach weist den strafrechtlichen Notstand wegen des seiner Meinung nach rein objektiven generalisierenden Gehalts dogmatisch in den von ihm als selbständige

1) so die Regelung nach § 39 Abs.1 E 1962; zustimmend Mezger-Blei, Studienbuch, S.134

2) vergl. Württenberger, Rechtsstaatsgedanke, S. 138

3) Maurach, AT, § 27 II 5a; vergl. auch Württenberger, der zweifelt, ob der Staat als " oberster Wert der Rechtsgüterordnung zu betrachten " ist: a.a.O., S. 139

4) vergl. Maurach, AT, § 34 I B 2; ferner ist als strafbare Handlung im Sinne der §§ 52, 54 StGB anerkannt: der Meineid: RG St 66, 222 (224); 397 (398); BGH St 5, 371 ff; ferner: die Verletzung von Wirtschaftsbestimmungen: OLG Gera, SJZ 1947, Sp. 674 (wohl zu weitgehend); ebenso die Durchbrechung von Maßnahmen der Wohnungsbehörden: OLG Neustadt, NJW 1951, S. 852

5) Maurach, AT, § 34 I B2

6) Kaufmann, S. 152

Deliktsstufe geschaffenen Bereich der Tatverantwortung.¹⁾ Dabei bildet der Begriff der Tatverantwortung hauptsächlich eine Brücke zwischen der Unrechtsbewertung der Tat und der den Täter treffenden Schuld. Tatverantwortung liegt dann vor, wenn " der Täter in der konkreten Situation anders gewesen ist als die anderen."²⁾ Sie ist die Grundlage der Schuld, die darin besteht, daß der Täter "anders als er selbst (auf Grund seiner Beurteilung - und Direktionsfähigkeit) sein konnte".³⁾ Schuld und Tatverantwortung werden als die beiden Stufen der Zurechenbarkeit angesehen.⁴⁾

Auch Kaufmann geht zunächst wie Maurach davon aus, " daß die strafrechtlichen Notstandsfälle generalisieren und nicht auf die konkret - individuelle Motivationsfähigkeit des Täters abheben." ⁵⁾ Er wendet sich aber ausdrücklich gegen Maurachs Folgerungen. Entscheidend ist für ihn der Fortbestand der Fähigkeit zu normgemäßer Willensbildung trotz Vorliegens einer Gefahr für Leib oder Leben. Daraus zieht Kaufmann den Schluß, § 54 StGB könne keinen "Entschuldigungsgrund " enthalten.⁶⁾ Der strafrechtliche Notstand berühre das Vorliegen der Schuld nicht.⁷⁾ Er sei vielmehr nur " ein Problem des Ausmaßes der Schuld " ⁸⁾, da bei Vorliegen der Voraussetzungen des strafrechtlichen Notstands der Handlungsunwert und auch das " von ihm abhängige Maß des Schuldwurfs " gemindert werde.⁹⁾

1) Maurach, Kritik, S. 88; Schuld und Verantwortung, S. 37 ff, insbesondere S. 43; AT, § 33 I A b; grundsätzlich zustimmend: Heinitz, S. 79; LK, Jagusch, § 54, Anm.1, S.415

2) Maurach, Schuld und Verantwortung, S. 38

3) Maurach, Schuld und Verantwortung, S.39

4) vergl. die ausführliche kritische Darstellung von Maurachs Lehre zur Tatverantwortung bei Kaufmann, S. 159 ff

5) Kaufmann, S. 159

6) Kaufmann, S. 153

7) Kaufmann, S. 154

8) Kaufmann, S. 156

9) Kaufmann, S. 157

Die systematische Stellung des strafrechtlichen Notstands hängt weitgehend von der Auffassung über den Rechtsgrund der Straflosigkeit der Notstandshandlung ab. Dabei handelt es sich in der folgenden Untersuchung um ein Problem, von dessen Erörterung die Lösung der meisten Einzelfragen im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Notstand abhängig ist.¹⁾

II Der strafrechtliche Notstand, ein Schuldproblem

1. Grundsätzliches zu den subjektiven und objektiven Notstandstheorien

Wer eine Notstandshandlung auf ihre Strafwürdigkeit hin zu beurteilen hat, kann einen subjektiven oder objektiven Standpunkt wählen.²⁾ Der subjektive Betrachter wird sich in die seelische Lage des Notstandstäters versetzen und seine Aufmerksamkeit hauptsächlich auf die Wirkung richten, die eine Notlage auf die Handlungsfreiheit des Täters ausübt. Der Anhänger einer objektiven Richtung wird sein Augenmerk mehr dem Verletzten zuwenden und von dessen Standpunkt aus fragen, ob das Recht die Notstandshandlung zulassen kann. Darüber hinaus gibt es eine Meinung, die beide Betrachtungsweisen miteinander in Einklang zu bringen versucht.³⁾

Alle subjektiven Theorien nehmen ihren Ausgang von den Lehren Kants und Feuerbachs. Nach diesen steht der im Notstand Handelnde unter einem so großen psychologischen Zwang, daß die

1) vergl. von Ferneck, Bd. II, S. 39

2) für einen subjektiven Standpunkt: Liszt-Schmidt, S. 284; für einen objektiven Standpunkt: von Hippel, Die allgemeinen Lehren, S. 419; LK, Nagler-Jagus, § 54 Anm. I 10, S. 377

3) so Sauer, S. 124

Freiheit des Willens ausgeschlossen ist (psychologische Zwangstheorie).¹⁾ Die subjektiven Theorien sind auch eine Folge der allgemeinen individualistischen Strömungen zu Beginn dieses Jahrhunderts. Mit dem Individualismus traten die Eigenart des Menschen und seine besondere Veranlagung in den Mittelpunkt rechtlicher Betrachtung.²⁾ Das führte zu einer verstärkten psychologischen Erfassung des Notstandsproblems im Hinblick auf die einmalige, untypische Persönlichkeit des Menschen. Welchen Weg auch immer die subjektiven Theorien beschritten haben, stets laufen sie auf denselben Gedanken hinaus: das Recht kann von einem Durchschnittsmenschen bei einer Gefahr für Leib oder Leben keinen sittlichen Heroismus zur Selbstverleugnung verlangen (Motivationstheorie). Entsprechend beruhen alle subjektiven Lehren auf einer

Anerkennung der Macht des Selbsterhaltungstriebes als einem Elementartrieb des Menschen. Sie werden wegen ihres Billigkeitsgedankens auch Äquitätstheorien genannt.³⁾ Notgedrungene Konzession an den Selbsterhaltungstrieb, nicht Wahl des kleineren Übels ist ihr Prinzip. Die objektiven Theorien sehen im strafrechtlichen Notstand in erster Linie einen Streit rechtlicher Interessen, den das Recht nach dem Grundsatz der Wahl des kleineren Übels zu lö-

1) vergl. Böhm, S. 23 ff; Henkel, Der Notstand, S. 37

2) Diese Individualisierung hat nach Wolf zur "Entwesung des Strafrechts beigetragen": Krisis und Neubau, S. 15

3) vergl. Böhm, S. 32; Marcetius, S. 62

sen hat (Wertkollisionstheorien).¹⁾ Als Wertmaßstab dient der "Sozialwert des Vorgangs".²⁾

Eine Güterabwägung im Sinne der Wertkollisionstheorien kann das Notstandsproblem nur lösen, wenn der strafrechtliche Notstand wesentlich ein Fall der Interessenkollision ist. Zwar enthält jede Notstandslage Interessenkollisionen entweder zwischen Rechtsgütern oder Rechtspflichten untereinander oder zwischen einem Rechtsgut einerseits und einer Rechtspflicht andererseits, da zur Befreiung aus ihr ein Eingriff in bis dahin unbeteiligte Interessen Dritter erforderlich ist. Das Wesen des strafrechtlichen Notstands machen diese Kollisionen nicht aus. Im "Notstand" befinden sich nicht Interessen verschiedener Personen, sondern nur Interessen der Person des Täters. Der Notstandskonflikt spielt sich nicht in der Außenwelt ab. Er besteht in der Seele dessen, der vor die Entscheidung gestellt ist, zur Errettung aus eigener Leibes- oder Lebensgefahr oder solcher von Angehörigen Interessen anderer zu verletzen.³⁾ Die objekti-

-
- 1) so Jabinski, S. 15; Böhm, S. 49 ff; nach Mayer, Hellmuth, findet "eine Güterabwägung nach dem Maßstab der Zumutbarkeit statt": Strafrecht, S. 189; Maurach räumt in seiner "Kritik der Notstandslehre" für die Straflosigkeit der Notstandshandlung dem Wertverhältnis der kollidierenden Interessen nicht die "ausschließliche Entscheidung" ein: Kritik, S. 111; auch Nagler-Jagusch hängen einer Art Wertkollisionstheorie an: LK, § 54 Anm. I 1C, S. 377; vor allem ändert sich nach ihrer Ansicht im Falle der Notstandspflichten die "Wertkonfliktslage": LK, § 54 Anm. III 1g, S. 381; vergl. auch Siegert, der ebenfalls im Zusammenhang mit den Notstandspflichten von einer "Bewertungsnorm" spricht: Siegert, S. 56; Marcetius hält vor allem wegen des Bestehens von Notstandspflichten die Aquitätslehre zur Erklärung des Notstands als untauglich: S. 63 ff, 65
- 2) LK, Nagler-Jagusch, § 54 Anm. I 1A, S. 375; Jabinski, S. 18
- 3) vergl. zum Vorstehenden: von Ferneck, Bd. II, S. 48

ven Theorien versagen ferner bei der Lösung der Notstandsfälle, die die Rechtsordnung besonders heftig erschüttern. Woher soll z.B. ein Wertmaßstab zur Lösung von Fällen der sogenannten unechten Gefahrgemeinschaft genommen werden, wenn sich das Leben verschiedener Personen derauß in einer gemeinsamen Gefahr befindet, daß ohne die Vernichtung einer Person auf Kosten der anderen beide verloren sind ? ¹⁾ Soll das Leben eines alten Menschen weniger wert sein als das eines jungen oder umgekehrt ? Kann zugunsten einer Person ihre besondere soziale Bedeutung für die Gemeinschaft in die Waagschale geworfen werden ?

Das Recht ist wegen der Notwendigkeit einer allgemein verbindlichen Ordnung zur Regelung von Streitfällen berufen. Gerade in den besonders umstrittenen Notstandsfällen darf es sich einer Stellungnahme nicht enthalten.²⁾

Das Recht müßte aber die Würde des Menschen mißachten und sie verletzen, wenn nach seiner Regelung das Leben als das höchste Gut nicht mehr oberster Wertmaßstab, sondern selber Objekt der Wertung wäre. Zwischen Leben und Leben darf nicht nach " sozialer Brauchbarkeit " abgestuft werden.³⁾ Sind nach diesen Erwägungen die objektiven Wertkollisionstheorien zur Erklärung der Straflosigkeit einer Notstandshandlung außerstande, so ist allein der heute herrschenden subjektiven Betrachtungsweise zu folgen.

1) Wenn Böhm als Anhänger der objektiven Notstandstheorien sagt, der Staat müsse sich immer auf den Standpunkt des Täters stellen, von dem aus betrachtet aber sein Gut das Übergewicht besitzt, so bringt er gerade die Unmöglichkeit einer objektiven Wertung zum Ausdruck: Böhm, S. 47, 48

2) vergl. Maurach, AT, § 33 I A a

3) vergl. LK, Jagusch, § 54, Anm. 5 d, S. 421

2) Die anormale Motivation als Grund für
die Strafflosigkeit der Notstandshandlung

Jeder Entschluß ist das Ergebnis widerstrebender Motive.¹⁾ Die subjektiven Notstandstheorien erklären die angesichts einer Leibes- oder Lebensgefahr auftretenden Rettungsimpulse für beachtlich. Mit dieser Auffassung verbindet sich eine bestimmte Meinung über Wesen und Inhalt der Strafrechtsnorm. Sie ist zunächst darzulegen.

Durch die Strafrechtsnorm knüpft das Recht an bestimmte Verhaltensweisen die Sanktion der Strafe. Wird das im Tatbestand begrifflich umschriebene Verhalten einer Verbotsnorm verwirklicht, so entspricht diese Verhaltensweise der Norm insofern, als sie tatbestandsmäßig ist. Aus diesem Grunde kann die Sanktion der Strafe ihre Rechtfertigung nur auf einen Widerspruch des tatbestandsmäßigen zu einem ordnungsgemäßen Verhalten gründen. Stellt das Recht durch eine bestimmte Norm eine Verhaltensweise unter Strafe, so geht dieser Entscheidung aufgrund der werthafter sozialen Lebensordnung die Bewertung der Handlung als gegen das Recht verstoßend voraus. Die Strafrechtsnorm erweist sich so selber als eine Bewertungsnorm, aus deren Verletzung sich die Normwidrigkeit des Verhaltens ergibt.²⁾

Unklar ist noch, woraus der normative Geltungsanspruch der Norm zur Bildung eines rechtmäßigen Willens folgt. Goldschmidt leitet die Verpflichtungswirkung der Norm aus einer selbständigen Pflichtnorm her, deren Inhalt ein von Normen der Billigkeit gefordertes und unter ihrer Herrschaft zumutbares Verhalten ist. " Das Recht deklariert nirgends,

1) Finger, S. 492

2) vergl. grundsätzlich hierzu: Liszt-Schmidt, S. 223 ff

es befiehlt immer ".¹⁾

Der Auffassung Goldschmidts wird zu Recht allgemein nicht beigestimmt. Das Wirksamwerden des Pflichtmotivs beruht nicht auf einer logisch nicht näher begründbaren selbständigen Pflichtenorm, sondern auf der Norm selber. Indem das Strafrecht die eine Handlung als normgemäß und die andere als normwidrig wertet, verleiht es " den auf diese Handlungen sich beziehenden Vorstellungen des Einzelnen eine Wert- und Gefühlsbetonung".²⁾ In dieser Wirkung der Norm liegt gleichzeitig die Forderung, sich nach der hervorgerufenen Wertvorstellung zu richten. Aus der Bewertungsfunktion der Norm folgt die gleich bedeutsame Bestimmungsfunktion.³⁾

Ihr Inhalt ist das bestimmende rechtliche Sollen, die Forderung zu normgemäßem Verhalten, der auf der Seite des angesprochenen Einzelnen die Pflicht zu rechtmäßiger Willensbildung entspricht. Beide Funktionen der Norm, die der Bewertung des Verhaltens und die der Bestimmung zu diesem Verhalten, haben das rechtliche Sollen als gemeinsamen Inhalt.⁴⁾

Besteht die bestimmende Sollensforderung, so ergibt sich notwendig die Unbeachtlichkeit

1) Goldschmidt, Verh. 34.DJT, S. 429; vergl. ferner: Der Notstand, S. 145; Normativer Schuldbegriff, S. 433 ff; ferner auch die Theorie der selbständig verpflichtenden Kulturnormen bei Mayer, M.E., S. 37 ff

2) Liszt-Schmidt, S. 223

3) Liszt-Schmidt, S.223 ; Henkel, Der Notstand, S. 65 ff; Maurach, Kritik, S. 23; Marcetius, S. 20 ; Mezger-Blei, Studienbuch, S.84. Jescheck sieht in den an die Menschen gerichteten Imperativen den Sinngehalt der Rechtsnormen: Jescheck, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs, S. 208. Gegen die Imperativentheorie: Mayer, M.E., S. 34 ff

4) vergl. Maihofer, S. 152; Marcetius, S. 19 ff, 22; Henkel, Der Notstand, S. 64, 67;grundsätzlich ebenso: Wolf, Schuldlehre, S. 126ff

entgegenstehender Motive und die Pflicht zu ihrer Überwindung. Wenn das Recht dennoch bei einer Gefahr für Leib oder Leben von einer Bestrafung des Eingriffs in fremde Interessen absieht, so erklärt es die von dem Selbsterhaltungstrieb ausgehenden, zur Notstandstat hindrängenden außergewöhnlichen Impulse gegenüber der normierten psychologischen Zwangswirkung der Strafrechtsnormen für beachtlich. In dieser Ansicht liegt keine Anerkennung der Lehre vom psychologischen Zwang, die auf der durch die Erfahrung widerlegten Behauptung beruht¹⁾, in der Not versage wegen hervorgerufener Willensunfreiheit die Wirkung der Strafrechtsnormen. Für hier genügt vielmehr folgende Feststellung: Liegen die Voraussetzungen des strafrechtlichen Notstands vor, so verlangt das Recht nicht, sich gegenüber der Notstandsgefahr durch die Furcht vor dem drohenden Strafübel sowie von dem Wert des anzugreifenden Rechtsgutes motivieren zu lassen. Es fordert bei einer Leibes- oder Lebensgefahr keinen sittlichen Heroismus. Vielmehr erkennt das Recht die Bedeutung des Selbsterhaltungstriebes an und zieht seine Strafandrohungen angesichts der anormalen Motivation bei Leibes- oder Lebensgefahr zurück.²⁾

1) vergl. Kaufmann, S.154

2) vergl. die zum Teil abweichenden Begründungen der h.M. mit den unterschiedlichen Folgerungen: Köhler: nicht zu verlangender Heroismus (S.44) - Ausschuß der Rechtswidrigkeit (S.33); Baumgarten: Wirkungslosigkeit der Strafdrohung, Gedanke der Aquitas - Ausschuß der Vorwerfbarkeit (Notstand und Notwehr, S.22); Oetker: Unmöglichkeit, den Trieb der Selbsterhaltung zu unterdrücken (Notwehr und Notstand, VDA, S.332) - Unverboten sein der Notstandshandlung (a.a.O., S.350); von Perned: Kampf der Motive (Bd.II, S.48) - Erlaubt sein der Handlung (a.a.O., S.44); Mayer, Hellmuth: Privilegierung des Selbsterhaltungstriebes (Strafrecht, S.189) - Unrechtsausschuß (a.a.O. S.191); von Weber: Unwirksamkeit der Rechtsnormen (Das Notstandsproblem, S.36) - Ausschuß der Rechtswidrigkeit (a.a.O., S.89); Frank: Anormale Motivation - Fortfall des Schuldvorwurfs (Komm., §54I); ferner: Marcetius, S.69; Goldschmidt, Der Notstand, S.162

Damit ist grundsätzlich das Notstandsprinzip gekennzeichnet. Ob es uneingeschränkt gilt oder ob zu seinen Voraussetzungen das Fehlen einer Pflicht zur Überwindung des Selbsterhaltungstriebes gehört, kann erst später im Zusammenhang mit den Notstandspflichten untersucht werden.

3) Die Entschuldigung der Notstandshandlung als Folge der anormalen Motivation

a) Die Schuld, ein normativer Begriff

Wegen der Erkenntnis, nach der nur Rücksicht auf anormale Motivation angesichts einer Leibes- oder Lebensgefahr die Straffreiheit einer Notstandshandlung begründet, kann der strafrechtliche Notstand nicht zur Rechtswidrigkeit gehören. Er kann aber auch nicht in den von Maurach gebildeten und abzulehnenden Bereich der Tatverantwortung eingegliedert werden.¹⁾ Für einen solchen Umbau des herrschenden Verbrechensaufbaus²⁾ besteht keine Notwendigkeit. Maurach hat die besondere Deliktsstufe der Tatverantwortung hauptsächlich deswegen geschaffen, um eine gemeinsame Grundlage für Strafe und Sicherung finden zu können.³⁾ Die gemeinsame Grundlage dieser Unrechtsfolgen ist schon unmittelbar durch das tatbestandsmäßige und rechtswidrige Verhalten gegeben.⁴⁾ Auch ist Maurachs Ausgangspunkt angreifbar, nach dem jede Generalisierung außerhalb des Schuldurteils bleiben muß.⁵⁾ Eine Schuldlehre, die nicht auch Verallgemeinerungen in den Schuldbegriff aufnehmen zu können glaubt, verläßt die sozial-ethische Grundlage der Schuld und tritt in

1) vergl. die Ausführungen auf S. 37

2) vergl. die Ausführungen auf S. 34

3) Maurach, Schuld und Verantwortung, S. 44

4) vergl. Schönke-Schröder, vor § 1 Rdn. 18

5) Maurach, AT, § 33 I Ab

den individualethischen Bereich über. Damit verliert das Strafrecht " seine entscheidende erzieherische Funktion ".¹⁾ Mit Recht weist Kaufmann auch auf die Bedenken hin, die gegen Maurachs besondere Deliktstufe der Tatverantwortung zu erheben sind. Indem Maurach die Tatverantwortung vor die Vorwerfbarkeit schaltet, nähert er sich wieder der unzutreffenden Lehre, die bei den Notstandsfällen eine Präsump tion der Unzurechnungsfähigkeit annimmt.²⁾ Vor allem spricht aber das Gewicht der anormalen Motivation infolge einer Notstandslage notwendig für eine dogmatische Zuordnung des strafrechtlichen Notstands unmittelbar zum Schuldproblem. Ob Schuld vorliegt, entscheidet sich auch nach " dem Wert oder Unwert der Motive, die den Täter bei der Willensbildung geleitet haben".³⁾ Zu dieser Art der Betrachtung konnte allerdings erst die normative Schuldlehre gelangen. Es besteht aber kein Anlaß mehr, auf den alten Streit zwischen psychologischer und normativer Schuld auffassung einzugehen, weil er wohl endgültig mit dem Sieg der normativen Lehre beendet ist.⁴⁾ Dagegen scheint es erforder-

1) vergl. Lange, S. 605

2) vergl. Kaufmann, S. 164

3) Jescheck, Aufbau und Stellung, S. 475

4) vergl. Schröder, Vorsatz und Schuld, S. 646. Einen der letzten Angriffe gegen die normative Schuldlehre hat Radbruch vorgetragen: Zur Systematik, S. 168. Die Fragen, ob es sich bei Vorsatz und Fahrlässigkeit um Schuldarten (so Freudenthal, S. 5, Liszt-Schmidt, S. 262) oder um Schuld-elemente handelt (so Frank, Über den Aufbau, S. 530, Gallas, Zum gegenwärtigen Stand, S. 3) oder ob Vorsatz und Fahrlässigkeit mit der finalen Handlungslehre nur als Merkmale des Unrechts tatbestands aufzufassen sind (so Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 142 ff, Jescheck, a.a.O. S. 475 ff) werden hier absichtlich vernachlässigt, weil es auf sie in diesem Zusammenhang nicht ankommt. So verbergen sich unter der Bezeichnung normative Schuldlehre verschiedene Schuldsysteme. Entscheidend ist hier die durch diese Schuldlehre gewonnene Erkenntnis, daß das Schuldurteil das Ergebnis einer Wertung ist.

lich zu sein, den materialen Gehalt des normativen Schuldbegriffs wegen seiner Bedeutung für den strafrechtlichen Notstand als Entschuldigungsgrund kurz darzulegen. Schuld ist Vorwerfbarkeit.¹⁾ So nichtssagend diese Bestimmung des Wesens der rechtlichen Schuld für den Gegenstand des Schuldvorwurfs ist²⁾, so bedeutsam ist sie zur Kennzeichnung der Schuld als einer wertbezogenen und wertungsbedürftigen Beziehung. Schuld ist das Ergebnis einer Wertung, bei der der Handlungswille gemessen an der von der Rechtsordnung geforderten Pflicht zur rechtmäßigen Willensbildung als pflichtwidrig bezeichnet werden muß. Der Wesenszug der Schuld läßt sich somit erfassen als Vorwerfbarkeit der Nichterfüllung einer von der Rechtsordnung geforderten Pflicht zu rechtmäßiger Motivation.³⁾ Mehr als dies kann a priori über die Schuld nicht gesagt werden. Das folgt vor allem daraus, daß im Mittelpunkt dieser normativ-ethischen Schuldauffassung die transjuristischen Begriffe der Pflicht und der Vorwerfbarkeit stehen, die der Ethik entlehnt sind. Der Vorwurf ist die "allgemeinste Bedeutung" eines ethischen

-
- 1) so erstmalig Frank: Über den Aufbau, S. 529; inhaltlich hat diese Wendung über Beling (S. 6ff), Goldschmidt (Der Notstand, S. 139ff, Normativer Schuldbegriff, S. 432), Freudenthal (S. 17ff) sowie hauptsächlich über zu Dohna (S. 39 ff) bis zur gleichen Aussage z.B. durch den Bundesgerichtshof (BGH St 2, S. 200) einen Bedeutungswandel erfahren; ausführlich zur Entwicklung der normativen Schuldlehre: Maurach, Schuld und Verantwortung, S. 20ff; vergl. auch das schematisch dargestellte System der strafrechtlichen Schuldlehre bei Wolf, Schuldlehre, S. 72
 - 2) vergl. die ablehnende Stellungnahme von Finnger, S. 486; ebenso Gerland, S. 126
 - 3) Der Sache nach stimmen die meisten Begriffsbestimmungen mit dieser Formulierung überein: vergl. Wolf, Schuldlehre, S. 128; Krisis und Neubau, S. 39; zu Dohna, S. 39, 40; Welzel, Das neue Bild, S. 59; Mezger, Moderne Wege, S. 33; Jescheck, Aufbau und Stellung, S. 481; gegen den herrschenden Schuldbegriff, soweit er sich als persönlicher Vorwurf darstellt: Maurach, AT, § 30 Ib

Werturteils und die Pflicht die "allgemeinste Bedeutung" eines ethischen Sollens.¹⁾

Ist das Ethische Maßstab der Bewertung, so kann je nachdem, ob man den Blick auf "das Dasein des Einzelnen in der Gesamtheit oder das Dasein der Gesamtheit durch den Einzelnen" richtet, das Schuldurteil sozial-ethischen oder individual-ethischen Inhalt bekommen.²⁾

Wer die Forderungen der Sozialethik außer acht läßt, verkennt die Änge, lebensnotwendige "soziale Verbundenheit" des Menschen.³⁾

Der Einzelne kann als Mitglied einer Gemeinschaft die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit nur gewährleisten sehen, wenn er sich in gleicher Weise wie seine Mitbürger zu einer Beschränkung der rücksichtslosen Durchsetzung der Individualinteressen bekennt. Der Sozialethik gebührt der Vorrang vor der Individualethik. Dieses Verhältnis muß auch bei der Bestimmung des Wesens der strafbaren Handlung gelten. So kann im Schuldbereich das Ethische "nur in Gestalt der Sozialethik" und "nie-mals als individuelle Moral" in Erscheinung treten.⁴⁾ Rechtliche Schuld läßt sich nur kennzeichnen als das sozial-ethische Werturteil über die Nichterfüllung eines von der Rechtsordnung in einem konkreten Fall geforderten Sollens.⁵⁾

1) Wolf, Schuldlehre, S. 127, 173; vergl. auch Neubecker, S. 45 ff

2) Wolf, Schuldlehre, S. 16

3) vergl. Würtenberger, Die geistige Situation, S. 7

4) vergl. Jescheck, Aufbau und Stellung, S. 478; eine individualethische Schuldaufassung tritt dagegen Freudenthal, S. 6 ff

5) vergl. Wolf, Schuldlehre, S. 127; vergl. auch Welzel, der "Rechtsschuld als bestimmte soziale Vorwerfbarkeit der Tat" kennzeichnet: Zum Notstandsproblem, S. 54; gegen Welzel: Oehler, S. 492

- b) Anders - Sollen und -Können als Grundlagen der Vorwerfbarkeit
- aa) Die Bedeutung des Anders - Sollens und das Problem der Willensfreiheit

Im Mittelpunkt der Schuldbetrachtung steht der Begriff der Pflicht und somit die Frage nach dem Umfang des bestimmenden Sollens. Auf diese Frage können zwei verschiedene Antworten erteilt werden. Die erste Antwort geht dahin: Die Norm verpflichtet nur soweit, als der Einzelne sie nach seinen Kräften, Anlagen und äußeren Umständen (psycho-physisch) zu befolgen imstande ist. Dieser Grundsatz lautet demnach: Du sollst, wenn (denn) du kannst. Die zweite Antwort lautet: Das Sollen ist von dem psycho-physischen Können in keiner Weise abhängig. Das bedeutet: Du kannst, wenn (denn) du sollst oder, was das gleiche ausdrückt: Du sollst, also kannst du.¹⁾

In beiden Aussagen wird das ganze Spannungsverhältnis von Sollen und Können, von Norm und Persönlichkeit deutlich. Das Problem der Grenzziehung für das bestimmende Sollen gipfelt in den Fragen nach der Geltung des Rechts sowie der Existenz einer Willens- beziehungsweise einer Handlungsfreiheit. Dabei müssen bezüglich der Willensfreiheit die beiden Probleme unterschieden werden, ob ein Mensch überhaupt Wahlfreiheit hat (anders handeln kann) und bejahendenfalls, ob ein bestimmter Mensch in einer bestimmten Situation anders handeln kann.²⁾

Das Reichsgericht hat zum Problem der Willensfreiheit bei einer Notstandslage ausgeführt:

" Denn die durch eine Drohung hervorgerufene Notstandslage im Sinne von § 52 StGB beeinträchtigt zwar die Willensfreiheit des unter

1) vergl. grundsätzlich hierzu: Kohlrausch, Sollen und Können, S. 3; Herzbruch, S.9; Sauer, S. 43
2) vergl. Nowakowski, S. 56; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 138

ihrem Druck Handelnden, schließt sie aber ebensowenig aus, wie der durch § 54 StGB geregelte Notstand".¹⁾

Diese Ansicht geht zunächst zu Recht von dem Bestehen einer Willensfreiheit aus. Das Recht und ebenso die Schuld setzen letztlich die Freiheit des Willens voraus, weil bei einem zwangsläufigen und notwendig bestimmten Willensentschluß der Schuldvorwurf sinnlos wäre.²⁾ Dieser Schluß ist zwar eine *petitio principii*. Er kennzeichnet aber zutreffend die axiomatische Grundhaltung, die einzig und allein gegenüber der Frage nach der Willensfreiheit bezogen werden kann. Es läßt sich bis jetzt noch keine wissenschaftlich gesicherte Feststellung darüber treffen, ob dem Menschen Willensfreiheit gegeben ist.³⁾ " Der Schluß auf die Existenz dieser Freiheit " ist somit " ein Wagnis " ⁴⁾, das den Menschen erst zu voller Würde und zu einer sittlichen Persönlichkeit erhebt.

Läßt sich das weltanschauliche, philosophische

1) RG St 64, 30; vergl. auch Kaufmann, S. 154

2) vergl. Würtenberger, Zur Problematik, S. 209; dagegen hält von Hippel die strafrechtlichen Grundbegriffe von der Annahme der Willensfreiheit für unabhängig: Deutsches Strafrecht S. 281; ferner Liszt-Schmidt, S. 234

3) von Ferneck, Bd. I, S. 52; Baumgarten, Schuld und Willensfreiheit, S. 10; Würtenberger, Zur Problematik, S. 209; Jescheck hält grundsätzlich eine wissenschaftliche Antwort auf die " Schicksalsfrage " der Willensfreiheit für unmöglich: Das Menschenbild, S. 19; ebenso Welzel, Das neue Bild, S. 53; Nowakowski, S. 58; Mezger - Blei, Studienbuch, S. 141

4) Jescheck, Das Menschenbild, S. 19

Problem der Willensfreiheit im empirischen Bereich nicht klären, so muß die gleiche Ratlosigkeit auch gegenüber der Frage nach der konkreten Entscheidungsfreiheit etwa angesichts einer Notstandslage gelten. Niemand kann in die Seele des anderen sehen und mit Sicherheit entscheiden, ob besondere Umstände so auf die Natur, die Triebe des Täters eingewirkt haben, daß er nicht mehr anders handeln konnte.¹⁾ Mit Recht sagt Welzel, "jede wissenschaftliche Erkenntnis findet hier ihre Grenze, da sie nicht etwas zum Objekt machen kann, was prinzipiell der Objektivierung entzogen ist, nämlich die Subjektivität des Subjekts."²⁾ Die Frage nach dem psycho-physischen Können kann daher - wenn überhaupt - nur verallgemeinernd gestellt werden: konnte der Täter nach seinen erkennbaren Fähigkeiten sowie als Zugehöriger einer bestimmten Klasse, Schicht oder Gruppe nach den allgemeinen Erfahrungen des täglichen Lebens unter solchen inneren und äußeren Umständen anders handeln?³⁾ Ob die bestimmten Sollensforderungen des Rechts an einem so verstandenen Können von vornherein ihre

1) vergl. jedoch die Individualethik Freudenthals: Freudenthal, S. 6 ff; Nowakowski, S. 58; trotz dieser Einsichten handelt es sich aber bei der grundsätzlichen Annahme einer Schuldfähigkeit nicht um eine "staatsnotwendige Fiktion" (Kohlrausch, Sollen und Können, S. 26). Von einer Fiktion könnte nur dann gesprochen werden, wenn sich das Nichtbestehen der generellen wie der konkreten Willensfreiheit beweisen ließe. Wie hier: Mezger, Moderne Wege, S. 38

2) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 138

3) vergl. Kohlrausch, Sollen und Können, S. 22, 24, 25; Liszt-Schmidt, S. 225, 226; von Ferneck, Bd. I, S. 199, Bd. II, S. 17; Mezger-Blei, Studienbuch, S. 141. Im Grunde genommen handelt es sich aber bei dieser Fragestellung schon gar nicht mehr um ein psycho-physisches, sondern um ein Zurechnungs- oder Zumutbarkeitsproblem.

Grenze finden ¹⁾, oder ob die Pflicht zu rechtmäßiger Motivation zunächst für jeden ohne Beschränkung durch ein hypothetisches Nichtkönnen besteht ²⁾, betrifft das Rechtsgeltungsproblem und hängt letztlich von rechtsphilosophischen Erwägungen ab. So beruht die Ansicht, das Recht als Bestimmungsnorm finde in dem psycho-physischen Können seine Grenze, auf einer naturalistischen Auffassung. ³⁾ Ein Recht, welches seine normativen Forderungen an die Rechtsgeltung gerade der kausierenden, physiologisch-biologischen Sphäre entnimmt, kann im eigentlichen Sinne nicht mehr "bestimmend" wirken. Es verkennt vor allem die Aufgabe des Menschen, sich durch Befreiung von dem kausalen Zwang zu einer sittlich autonomen Persönlichkeit zu entwickeln. Es verleugnet auch die Fähigkeit des Menschen zu einer sittlich freien Entscheidung, die ihn "vom rein im Biologischen verharrenden Tier unterscheidet, ihn überhaupt erst zum Menschen macht und ihm seine besondere Würde verleiht." ⁴⁾ So stellt mit Recht M.E. Mayer allein auf die Möglichkeit der tatsächlichen Wirksamkeit der Sollensforderung ab. Er führt aus: "Unbekümmert um Wahrheiten, die bloß dem kritischen Verstand zugänglich sind, haben diejenigen Ideenverbindungen, die geeig-

-
- 1) Kohlrausch, Sollen und Können, S. 26; Freudenthal, jedoch auf den Einzelfall abstellend, S. 6; Liszt-Schmidt, S. 233, 234; Finger, S. 487; Siegert, S. 51; Maihofer, S. 152
 - 2) Mayer, M.E., S. 272, insbesondere Anm. 12, ferner S. 451; Gerland, der allerdings eine symptomatische Schuldauflassung vertritt: Gerland, S. 123. Nach Wolf bestimmen ethische Gesetze den Grad der zu verlangenden Rechtsbeachtung: Wolf, Schuldlehre, S. 164; auch Goldschmidt's Pflichtnorm ist grundsätzlich nicht von einem individuellen Können abhängig: Goldschmidt, Normativer Schuld-begriff, S. 453; Verh., 34. DJT, S. 433
 - 3) Schaffatein, S. 38; Würtenberger, Die geistige Situation, S. 26; Larenz, S. 9
 - 4) Würtenberger, Die geistige Situation, S. 26

net sind, das soziale Verhalten des Einzelnen zu garantieren, ihre angeborene Festigkeit behalten und ihre motivierende Kraft entfaltet; unter diesen Assoziationen ist die mächtigste: du kannst, denn du sollst." ¹⁾

Damit ist die Frage nach dem Umfang des bestimmenden Sollens entschieden. Das Sollen muß dem Können übergeordnet sein und kann von ihm nicht abhängig gemacht werden. ²⁾

bb) Die Bedeutung des Anders-Könnens und die Zumutbarkeit rechtmäßiger Willensbildung

Aus der Forderung der Norm " du sollst dich rechtmäßig bestimmen lassen " folgt bei Nichtbefolgung dieses Befehls der spezifische Vorwurfscharakter der Schuld. Vorgeworfen wird dem Täter seine rechtswidrige Willensbildung, die nach der hier vertretenen Auffassung rechtmäßig sein kann, wenn sie rechtmäßig sein soll. Dieses rechtmäßig Handeln-Können wird grundsätzlich durch den Normbefehl unterstellt. ³⁾ Es

1) Mayer, M.E., S. 451

2) vergl. grundsätzlich Larenz, S. 16; ferner Wolf, der einen "konkreten Wirklichkeitsmaßstab" unabhängig von dem "individuellen seelisch-leiblichen Können des Einzelnen" anlegt; Wolf, Krisis und Neubau, S.40. Auch Mezger lehnt es ab, die strafrechtliche Schuld von einem psycho-physischen Können abhängig zu machen. Da sich das Gegenteil nicht beweisen lasse, geht er davon aus, der Täter "könne" unter den Voraussetzungen der §§ 52, 54 StGB rechtmäßig handeln, es werde ihm nur nicht zugemutet; Mezger, Moderne Wege, S. 35ff; Mezger-Blei, Studienbuch, S. 138ff

3) Der Fall der Unzurechnungsfähigkeit (§51 Abs 1 StGB) gehört nicht hierher. Es erfolgt zwar ein Schuldausschluß, weil nach dem Standpunkt des Gesetzes bei Vorliegen der Voraussetzungen dieser Vorschrift der Täter zur Zeit der Tat nicht anders handeln "konnte"; vergl. Mezger, Moderne Wege, S. 35. Die Schuld- oder Zurechnungsfähigkeit ist aber existentielle Voraussetzung der Vorwerfbarkeit und nicht ihr Gegenstand; vergl. Beling, S. 14; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 142;

kann sich nicht um ein psycho-physisches Können handeln - auch nicht in Gestalt einer Vermutung, daß der Befehlsempfänger nach seinen Kräften, Anlagen sowie den äußeren Umständen zur Normbefolgung fähig ist- sondern allein um ein ethisches Können. Das Recht mutet dem Einzelnen zu, seine Befehle zu befolgen. Allein die so verstandene Zumutbarkeit gibt den Ausschlag und den " wahren Grund der Schuldzurechnung".¹⁾

Diesen Zusammenhang erkennt Kaufmann, wenn er die Zumutbarkeit lediglich " als Problem der Schuldquantifizierung" auffaßt und § 54 StGB als eine Frage des " Ausmaßes der Schuld" ansieht.²⁾ Zu dieser Ansicht gelangt Kaufmann gerade unter Berücksichtigung des Rechtsgrundes der Straflosigkeit einer Notstandshandlung. Nach seiner Meinung könne zwar die Notstandslage wegen Unzumutbarkeit normgemäßer Willensbildung entschuldigen; dann müßte aber dieser Entschuldigungsgrund der Unzumutbarkeit für alle Notstandslagen gelten. In den Fällen der Notstandspflichten würden sonst notwendig Unschuldige bestraft.³⁾ Weil demnach aber der Schuldvorwurf auch erhoben werden könne, obwohl " z.B. die Notstandssituation des § 54 StGB vorliegt", müsse das Schuldurteil ohne Berücksichtigung der Zumutbarkeit gefällt werden.⁴⁾

Entgegen dieser Ansicht erweist sich die Zumutbarkeit gerade als ein Element der Vorwerfbarkeit. Sie kann weder wie nach Maurach vor die Vorwerfbarkeit, noch wie nach Kaufmann nach dieser in den Verbrechensaufbau eingegliedert werden. Vor allem ist die Zumutbarkeit anders als bei Kaufmann kein statischer Begriff, sondern unzertrennbar mit dem Schuldvorwurf verbunden. Gegen-

1) Mezger, Moderne Wege , S 36

2) Kaufmann, S. 156

3) Kaufmann, S. 153, 154

4) Kaufmann, S. 155

stand der Zumutung ist " eine Kraftanstrengung" ¹⁾: Du sollst können unter Anspannung aller deiner körperlichen, geistigen und sittlichen Kräfte. Was " einem Menschen zumutbar ist an Rechtsbeachtung, bestimmen ethische Gesetze " ²⁾ Somit setzt das Recht den Maßstab der Zumutbarkeit jeweils selber durch die Sollensforderungen seiner Normen, deren Nichtbefolgung Gegenstand der Vorwerfbarkeit ist. ³⁾ Die Schuld ist in diesem Sinn hauptsächlich ein Problem der Bestimmungsfunktion der Norm. ⁴⁾ Mit dieser Feststellung schließt sich der Kreis der Schuldbetrachtungen, in dessen Mittelpunkt der Mensch als sittliche Persönlichkeit steht, die von den aus der Ethik abgeleiteten bestimmenden Sollensforderungen angesprochen wird.

- 4) Der strafrechtliche Notstand als unwiderleglicher Entschuldigungsgrund

Abschließend sind die Ergebnisse der Betrachtungen über den Grund der Straflosigkeit der

-
- 1) Goldschmidt, Verh., 34. DJT, S. 433
2) Wolf, Schuldlehre, S. 164. In " Krisis und Neubau der Strafrechtsreform " bestimmt Wolf den Maßstab des Zumutbaren nach der jeweiligen " sozial-ständischen Situation des Handelnden ": S. 40. Dagegen ist nach Siegert " der Umfang des sozialen Sollens je nach den Pflichtvorstellungen der herrschenden Volkskreise zeitlich und örtlich verschieden ": S. 52, Anm. 1. Wählt man diesen Erkenntnisfaktor, so besteht die Gefahr, daß zur Nachsicht neigende Volkskreise immer seltener höhere Ansprüche stellen und somit das Recht insgesamt nivellieren.
3) Wenn gegenüber der Verwendung des Begriffs der Zumutbarkeit eingewendet wird, er sei inhaltslos, relativiere den Schuldbegriff oder löse ihn auf (vergl. die Darstellung bei Herzbruch, S. 1 ff; Schaffstein, S. 44), so könnte wegen der hier festgelegten Abhängigkeit der Zumutbarkeit von Inhalt und Umfang der Norm eine derartige Kritik nicht zutreffen.
4) vergl. Eb. Schmidt, Militärstrafrecht, S. 53

Notstandshandlung sowie über das Wesen der Schuld zusammenzufassen, um für die systematische Stellung des strafrechtlichen Notstands die rechtlichen Schlußfolgerungen ziehen zu können.

Das Recht stellt gleichzeitig mit den Normen die Forderung zu rechtmäßiger Willensbildung auf. Der Schuldvorwurf beruht auf der Nichtbeachtung der bestimmenden Sollensforderung. Bei einer Notstandslage und (anerkannter) anormaler Motivation hält das Recht die Forderung, sich durch die Norm zu rechtmäßiger Willensbildung bestimmen zu lassen, nicht aufrecht. Es verzichtet nicht auf den Schuldvorwurf, weil etwa das Handlungsunrecht der in einer Notstandslage vorgenommenen Tat äußerst gering wäre.¹⁾ Jede Unrechtsbetrachtung im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Notstand, auch sofern sie den Schuldvorwurf nur beeinflussen soll, muß im Rahmen der Schuld unzulässig bleiben. Andernfalls würde der "Fundamentalsatz der heutigen Strafrechtslehre" die Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld aufgegeben werden.²⁾ So setzt nach der hier vertretenen Auffassung die Not das bestimmende Sollen "matt".³⁾ Liegen die

1) so aber Kaufmann, S. 156 ff

2) Jescheck, Aufbau und Stellung, S. 477. Es ist vor allem nicht einzusehen, inwiefern eine nicht gerechtfertigte tatbestandsmäßige Handlung bei Vorliegen der Notstandsvoraussetzungen einen geringeren Verstoß gegen die objektive Rechtsordnung darstellen soll als eine unter normaler Motivation begangene Tat.

3) Mayer, M.E., S. 272; Henkel, Der Notstand, S. 64; Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, S. 432; a.A. von Weber: "Mit dem Fortfall der Forderung nach entsprechender Motivation wird auch die Rechtsnorm, die das äußere Verhalten fordert, gegenstandslos." von Weber, Das Notstandsproblem, S. 8. Nach Freudenthal bleibt das Sollen dagegen deswegen unberührt, weil sonst die Handlung schon rechtmäßig wäre: Freudenthal, S. 8. Diese Ansichten verkennen jedoch die selbständige Bedeutung von Bewertungs- und Bestimmungsfunktion der Norm. Das bestimmende Sollen ist lediglich Ausfluß der Bestimmungsfunktion und läßt die Bewertung der Handlung unberührt.

Voraussetzungen des strafrechtlichen Notstands vor, kann der Schuldvorwurf nicht erhoben werden. Damit stellen die Bestimmungen über den strafrechtlichen Notstand Entschuldigungsgründe dar.¹⁾

Der Anerkennung der Notstandsvorschriften als Entschuldigungsgründe steht das Schuldprinzip wegen der typisierten, generalisierenden Fassung der §§ 52, 54 StGB nicht entgegen.²⁾ An dem Schuldprinzip ändert sich nichts, wenn in weitem Umfang die Unschuld präsumiert wird.³⁾ Auch sind jeder Individualisierung innerhalb der Schuldprüfung wegen der Unmöglichkeit, seelische Vorgänge einwandfrei festzustellen, Grenzen gesetzt. Das muß besonders für die Prüfung gelten, welche psychische Zwangslage ein Täter gegenüber einer Leibes- oder Lebensgefahr empfand. Das Gesetz greift hier notgedrungen zur Methode der äußeren Symptome und schreibt unter bestimmten Voraussetzungen den Schluß auf die entschuldigende anor-

-
- 1) vergl. die Literaturangaben auf S. 35, Anm. 4. Ob man den strafrechtlichen Notstand als einen Entschuldigungsgrund oder als einen Schuld ausschließungsgrund kennzeichnet, ist für das Ergebnis ohne Bedeutung. Sieht man wie hier in der Schuld- oder Zurechnungsfähigkeit (§ 51 Abs. 1 StGB) eine Schuld voraussetzung, so bietet sich folgende Unterscheidung an: liegen die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 StGB vor, so ist die Schuld (der Schuldvorwurf) von vornherein "ausgeschlossen" (Schuld ausschließungsgrund). Liegen die Voraussetzungen des strafrechtlichen Notstands vor, so wird ein Schuldvorwurf nicht erhoben, der rechtswidrige Handlungswille wird "entschuldigt" (Entschuldigungsgrund).
 - 2) So aber von Hippel, der deshalb für einen Ausschuß der Rechtswidrigkeit eintritt: von Hippel, Deutsches Strafrecht, S. 234; Die allgemeinen Lehren, S. 419; ferner Maurach, der jedoch als rechtliche Folge die Tatverantwortung ausschließt: Maurach, Kritik, S. 88 ff; Schuld und Verantwortung, S. 42 ff; AT, § 33 I Ab; vergl. auch die Ausführungen auf S. 37.
 - 3) vergl. Kaufmann, S. 162

male Motivation zwingend vor.¹⁾ Es stellt bei Vorliegen der Voraussetzungen des entschuldigenden Notstands eine gesetzliche, unwiderlegliche Vermutung der Nichtzumutbarkeit rechtmäßiger Willensbildung auf.

1) für viele: Liszt-Schmidt, S. 284; Henkel, Zumutbarkeit, S. 290 ff

T e i l 2

Die Notstandspflichten

Kapitel 3: Rechtspolitische Betrachtung

I Das Strafrecht als Schutz sozial wichtiger Interessen

Am Anfang jeder Untersuchung über die Notwendigkeit bestimmter Strafrechtssätze muß die Frage nach dem Sinn und der Aufgabe des Strafrechts stehen. Dabei können drei Antworten gegeben werden: das Strafrecht dient in erster Linie entweder dem Rechtsgüterschutz ¹⁾ oder dem Schutz der elementaren sozial-ethischen Gesinnungswerte ²⁾ oder dem Interessenschutz ³⁾.

Soll das Strafrecht vor allem dem Rechtsgüterschutz dienen, so liegt der Schwerpunkt der Betrachtung auf dem Erfolgsunwert der Handlung. Dieser richtet sich nach dem Grade der Verletzung der durch die Rechtsordnung geschützten Güterwerte des Einzelnen oder der Gesamtheit. Wird als Aufgabe des Strafrechts der Schutz der elementaren sozial-ethischen Handlungswerte gesehen, so steht im Vordergrund der personale Unrechtsbegriff, nach dem es dem Strafrecht " auf die bleibende positive Handlungstendenz der Rechtsgenossen ankommen muß ". ⁴⁾ Geht man von der Aufgabe des Strafrechts als Interessenschutz aus, so liegt der Sachverhaltsunwert einer Handlung nicht schon bei Verletzung der durch die Rechtsordnung geschützten Güter vor. Dieser ist

1) so Württenberger, Die geistige Situation, S.65; Finger, S. 418

2) so Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 2; vergl. auch Jescheck, Aufbau und Stellung, S. 480; Das Menschenbild, S. 11

3) so Baumann, Lehrbuch, S.8; von Hippel, Lehrbuch, S. 3

4) Welzel, a.a.O., S. 3

erst dann gegeben, wenn die Verletzung einer Norm auch den hinter den Rechtsgütern stehenden Lebensinteressen der beteiligten Personen widerstreitet.

Leitprinzip einer Antwort auf die Frage nach dem Sinn und der Aufgabe des Strafrechts muß das Ziel der Normen sein, eine gerechte Ordnung des Gemeinschaftslebens zu schaffen und zu gewährleisten; denn " das Bedürfnis nach ausgleichender Gerechtigkeit ist eine sachlogische Struktur des Soziallebens, die dem Strafrecht vorgegeben ist."¹⁾ Reine Nützlichkeitsabwägungen müssen zurückstehen.²⁾ Wahrhaft nützlich ist nur der Rechtssatz, der gerecht erscheint.

Das Strafrecht kennt keine absoluten Verbote oder Gebote. Es erlaubt oder entschuldigt unter bestimmten Voraussetzungen Eingriffe in fremde Rechtsgüter. Spricht man vom Strafrecht als Rechtsgüterschutz, so könnte es scheinen, als sei " die Tatsache des rechtlich-geschützten Seins ein dauernder Zustand, eine immanente Eigenschaft der Güter."³⁾

Das Strafrecht ist auch nicht in erster Linie ein Schutz elementarer sozial-ethischer Gesinnungswerte. Das Recht kann einen Abfall von den rechtlichen Gesinnungswerten erst annehmen und bestrafen, wenn zuvor die schutzwürdigen Interessen festgestellt sind. Dem Strafrecht liegt daher eine Bewertung von Interessenskonflikten zugrunde. Es hat die Aufgabe, die wichtigsten Bereiche sozialen Zusammenlebens sowie die bedeutendsten Individualinteressen mit einem starken Schutz zu versehen. Aus dem Wesen des Rechts, welches nicht so sehr im Dienste des Individuums wie der Gemeinschaft

1) Jescheck, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs, S. 209

2) a.A. Schaffstein, S. 25

3) vgl. von Ferneck, Bd.I, S. 293

steht, folgt weiter, daß letztlich die Rechtsgemeinschaft als Wertmaßstab des Interessenschutzes dienen muß.¹⁾

Soweit das Strafrecht Interessen schützt, offenbart es die unverbrüchliche Geltung seiner Rechtssätze. Es erfüllt als " Ausdruck der Erwartung sozialer Anspannung von jedermann zugunsten des Mitmenschen " zugleich eine sozial-ethische Funktion.²⁾

In diesem Zusammenhang müssen die Pflichten zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands gesehen werden. Ob eine besondere Interessenslage auch Schutz vor einer Notstandshandlung erfordert, muß dem Recht selber entnommen werden. Die Notstandspflicht kann immer nur die Folge einer weitergehenden rechtlichen Pflicht sein, deren Erfüllung selbst in einer Notlage verlangt wird. Sie muß unmittelbar zusammenhängen mit dem Inhalt der allgemeinen Pflichtenkreise, durch die sie begründet wird.³⁾ Wieweit das Recht die Forderung zum Bestehen einer Notstandslage erhebt und erheben darf, soll Gegenstand der folgenden Erörterungen sein.⁴⁾

II Das Problem des verschuldeten Notstands ⁵⁾

Bei der rechtspolitischen Untersuchung der Notstandspflichten kann zunächst ganz allgemein gefragt werden, ob jeden Rechtsgenossen

1) vergl. Jabinski, S. 18

2) Jescheck, Das Menschenbild, S. 11

3) Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S. 370

4) Hinweise auf " Notpflichten " in früheren Rechten finden sich bei Binding für das Römische Recht (AT, S. 193), bei Figge bezüglich des Schwabenspiegels und der Constitutio Carolina Criminalis (Sp. 180) sowie bei Oetker für landesrechtliche Kodifizierungen des 19. Jahrhunderts (Notwehr und Notstand, VDA, S. 370, Anm.1)

5) Eine ausführliche Darstellung gibt Henkel: Der Notstand, S. 135 ff

eine Gefahrtragungspflicht bei verschuldetem Notstand treffen soll. Diese Frage ist schon deshalb gerechtfertigt, weil nach geltendem Recht ein verschuldeter Notstand unter den Voraussetzungen des § 52 StGB keine Rechtseinbuße zur Folge hat, während er unter den Voraussetzungen des § 54 StGB die Pflicht zum Bestehen einer Notstands¹⁾lage begründet.

Sucht man nach dem Sinn dieser besonderen Regelung gemäß § 54 StGB, so drängt sich als Erklärung vornehmlich der Gedanke einer quasi actio libera in causa auf: mit der schuldhaften Herbeiführung des Notstands soll die auf die ganze Tat bezogene Schuld beginnen; es muß dann selbst angesichts einer Notstandsgefahr unbillig erscheinen, Dritte für die Pflichtwidrigkeit büßen zu lassen.²⁾

Diese Erklärung läßt hinsichtlich des schuldhaften Verhaltens zwei Auslegungsmöglichkeiten zu. So ist es streitig, worauf sich das Verschulden zu erstrecken hat: auf die Herbeiführung der Gefahr oder der konkreten Not-

-
- 1) Diese unterschiedliche Behandlung des Notstands im Sinne des § 52 StGB einerseits und des § 54 StGB andererseits muß wegen der Gleichartigkeit der Interessenlage unverständlich erscheinen. Vergl. dagegen Binding, der das Merkmal des Unverschuldetseins auch auf den durch Drohung verursachten Notstand überträgt: Handbuch, S. 769
- 2) vergl. auch Marcetius, S. 68; Henkel, Der Notstand, S. 142; Brauneck, S. 270

standshandlung ¹⁾.

Wer keine Schuldbeziehung zur Notstandshandlung verlangt und schon Voraussehbarkeit einer Gefahrlage genügen lassen will ²⁾, muß in besonderem Maße den Beweis für die innere Berechtigung des Verschuldensprinzips schuldig bleiben. Eine Rechtsordnung, die gefährliches Handeln zum Vorwurf macht und mit Nachteilen verbindet, greift unzulässig in die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen ein, falls nicht in vorwerfbarer Weise durch gefahrvolle Tätigkeiten fremde Rechtsgüter gefährdet oder beeinträchtigt werden. Allein unter Beachtung dieses Grundsatzes kann die Regelung des § 54 StGB in Bezug auf das Ver-

1) für eine Notstandspflicht bei Gefahrverschuldung: Goldschmidt, Der Notstand, S.6, daselbst weitere Literaturangaben; Gegenentwurf, S. 257; für eine Notstandspflicht bei verschuldeter Notstandslage: Siegert, S. 57; Köhler, S. 53; von Weber, Das Notstandsproblem, S. 39; Marcetius, S. 64, 68; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 161, 162; Schönke-Schröder, § 54 Rdn. 8; Weimar, S. 107; Baumann, Lehrbuch, S. 368; Jescheck, Niederschriften, Bd.2, S. 160; für eine einschränkende Auslegung des Verschuldensprinzips: Baldus, Niederschriften, Bd.2, S.161; ablehnend gegenüber der Rechtsfolge der Notstandspflicht: Neubecker, S. 330; Broglio, S. 55; Böhm, S. 63; von Hippel, Lehrbuch, S. 116, Anm.10; Deutsches Strafrecht, S. 223, Anm.2; Lange, Niederschriften, Bd.2, S. 159; zweifelnd: zu Dohna, S. 45. Eine Sonderansicht vertritt Henkel. Er lehnt zwar grundsätzlich eine "Notpflicht" als Rechtsfolge einer verschuldeten Notstandslage ab, will aber eine Rettungshandlung dennoch nicht straflos lassen (Der Notstand, S.137 ff). Wer sich bei fahrlässig herbeigeführter Notstandslage dennoch rettet, soll nur bei Vorliegen eines Fahrlässigkeitstatbestandes wegen fahrlässiger Tatbegehung strafbar sein (a.a.O., S. 141, 142). Hier muß aber trotz der eingehenden Begründung Henkels ungeklärt bleiben, wie eine vorsätzliche Tat qualitativ in eine fahrlässige Handlung umgedeutet werden kann.

2) so OLG Hamm, MDR 1949, S. 184, 185.

schuldensprinzip ausgelegt werden.¹⁾ Das zwingt dazu, Verschulden nur bei schuldhafter Herbeiführung der Notstandslage anzunehmen. Dazu ist zunächst erforderlich, daß der Notstandstäter den Eintritt einer Notstandslage voraussehen konnte. Aber nicht in jedem Fall, in dem eine Notstandslage voraussehbar ist, liegt ein Verschulden vor. Wer zum Beispiel kraft Berufes verpflichtet ist, bestimmte Gefahrlagen einzugehen, zeigt kein vorwerfbares Verhalten.²⁾ Sotritt auch hier das normative Element der Pflichtwidrigkeit auf.³⁾ Danach muß grundsätzlich bei voraussehbarer Fremdgefährdung jede Herbeiführung einer Notstandslage als pflichtwidrig angesehen werden. Verschulden im Sinne des § 54 StGB liegt also vor, wenn die Notstandshandlung voraussehbar war und der Täter die Notstandslage pflichtwidrig herbeigeführt hat.⁴⁾

Die Bedeutung dieser Ansicht zeigt sich an folgenden Fällen:

Eine Frau wußte zur Zeit des Beischlafes mit ihrem Mann, daß für den Fall einer Empfängnis eine Entbindung aller Wahrscheinlichkeit nach mit besonderen, lebensgefährlichen Komplikationen verbunden sein werde. Als die befürchteten Komplikationen eintreten, sieht sich die Frau vor die Entscheidung gestellt, entweder das Kind auszutragen und ihr Leben zu opfern, oder zur eigenen Rettung das Kind töten zu lassen. Sie entscheidet sich zu ihren Gunsten.

1) vergl. auch BGH, ROW 1958, S. 33 ff;

2) Die Lösung dieser Fälle kann daher nicht über den "verschuldeten Notstand", sondern nur über besondere Notstandspflichten versucht werden. Im Ergebnis ebenso: Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S. 343; Binding, Handbuch, S. 777, 778

3) vergl. Henkel, Der Notstand, S. 142

4) vergl. Henkel, ebenda, S. 141, 142; Broglio, S. 9; LK, Jagusch, § 54 Anm. 4, S. 418

Bei der Beurteilung dieses Falles kommt es allein darauf an, ob die voraussehbare Notstandshandlung auf einer pflichtwidrigen Herbeiführung der Notstandslage beruht. Nach der Ansicht maßgebender Volkskreise dürfte ein gegenüber der Frau erhobener Vorwurf nicht unbestritten sein. Damit fehlt die Grundlage für den sozial-ethischen Schuldvorwurf. So hat auch das Reichsgericht ein derartiges Verhalten nicht als pflichtwidrig bezeichnet.¹⁾

Mit folgendem Fall hat sich das Oberlandesgericht Hamm befaßt:

Ein Angeklagter war wegen illegaler Arbeit für die Kommunistische Partei Deutschlands im Jahre 1933 ebenso wie seine Frau und sein Schwiegervater verhaftet worden. Alle Inhaftierten sollten zur Verantwortung gezogen werden, falls der Angeklagte nicht in Zukunft über alle Vorgänge innerhalb der Partei berichte.

Das Oberlandesgericht hat dem Angeklagten für den Verrat an seinen Kameraden Notstand gemäß § 54 StGB schon deshalb nicht zugebilligt, weil der Angeklagte " die sich für ihn aus seiner freiwillig übernommenen Tätigkeit für die KPD ergebenden Gefahren bewußt in Kauf genommen hatte, die etwaige Notstandslage daher keine unverschuldete war." ²⁾

De lege lata ist diese Begründung zutreffend, sofern man die Mitarbeit in der verbotenen Kommunistischen Partei Deutschlands unter den damaligen Voraussetzungen als pflichtwidrige Herbeiführung der Notstandslage bezeichnen

1) RG St 36, 334 ff, 340; so auch Henkel, Der Notstand, S. 140

2) vergl. OLG Hamm, MDR 1949, S. 185

will.¹⁾

Eindeutiger als der vorherige Fall zeigt der folgende, wann wegen Vorausssehbarkeit einer Notstandshandlung und pflichtwidriger Herbeiführung der Notstandslage Verschulden im Sinne des § 54 StGB vorliegt:

Jemand steigt infolge einer Wette in einen Raubtierkäfig. Um die wütenden Bestien von sich abzuwenden, wirft er ihnen eine in der Nähe stehende Person vor.²⁾

Welzel führt einen Fall an, in dem sich ein etwaiges Verschulden allein auf die Herbeiführung einer Gefahrlage beziehen kann: Zwei Freunde verunglücken bei einer Segelfahrt. Da die rettende Planke nur einen von ihnen tragen kann, wird ein Gefährte ins Wasser gestoßen und ertrinkt.³⁾

Hier lag zwar der Eintritt eines Unglücks im Zusammenhang mit der Segelfahrt nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit. Es kann aber nicht von einer schuldhaften Herbeiführung der Notstandshandlung gesprochen werden. Bei Antritt einer Segelfahrt braucht grundsätzlich nicht mit einem Unglück gerechnet zu werden, aus dem nur mit Hilfe einer Notstandshandlung Rettung möglich ist.

Der Standpunkt des geltenden Rechts, nach dem verschuldetes Herbeiführen einer Notstandslage die Pflicht zum Bestehen des Notstands auslöst, ist rechtspolitisch angreifbar.

Zunächst bestehen in verschiedenen Fällen Be-

1) Im Ergebnis hat das OLG nicht auf den Verschuldenstatbestand abgestellt. Es hat zu Recht den Fall des Nötigungsnotstands angenommen, für den das Verschuldensprinzip keine Geltung hat. Allerdings hat das Gericht aus dem Gesichtspunkt der Gefahrengemeinschaft eine Notstandspflicht abgeleitet. Ob dieser Entscheidung zuzustimmen ist, soll erst später untersucht werden.

2) Beispiel von Goldschmidt, Der Notstand, S. 182

3) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 162

denken gegen die Folgerichtigkeit der Forderung nach einer Notstandspflicht. Diese Forderung ist nur sinnvoll, wenn die Pflichtvorstellung wenigstens in der Regel genügend klar auftreten kann. In den Fällen des verschuldeten Notstands ist die Erkennbarkeit der Notstandspflicht zumindest fragwürdig, in denen der Täter fahrlässig nicht von vornherein mit der Möglichkeit einer Notstandslage¹ sowie der Notstandshandlung gerechnet hat. Woher soll die Pflichtvorstellung zum Bestehen des Notstands kommen, wenn gerade erst der bei nachträglicher Betrachtung des Geschehens erhobene Vorwurf mangelnder Voraussicht der konkreten Notstandshandlung die Notstandspflicht begründen soll? Darüber hinaus bestehen Bedenken gegen eine Notstandspflicht in allen den Fällen, in denen die Vorwerfbarkeit des Handelns, durch das jemand eine Notstandslage herbeigeführt hat, äußerst gering ist.¹⁾ Die dann drohende Gefahr und eine etwaige Notstandspflicht müssen ungehauerlich erscheinen, zumal der, der eine Notstandslage fahrlässig herbeigeführt hat, grundsätzlich innerlich wie äußerlich unvorbereitet der Lage gegenübersteht. Entscheidender als diese nur bei bestimmten Fällen auftretenden Zweifel ist für die Beurteilung der Pflicht zum Bestehen des verschuldeten Notstands die Antwort auf die Frage, ob für eine Notstandspflicht eine rechtspolitische Notwendigkeit besteht. Diese Notwendigkeit kann nicht in der bloßen Forderung gefunden werden: "Wer sich in Gefahr begeben hat, komme drin um."²⁾ Sie liegt nur vor, wenn schutzwürdige Interessen das Bestehen einer verschuldeten Notstandslage verlangen. Das ist hier nicht der Fall. Das Recht entschuldigt bei Vorliegen

1) vergl. Baldus, Niederschriften, Bd. 2, S. 161

2) so aber Binding, Handbuch, S. 778

der Voraussetzungen des strafrechtlichen Notstands wegen der Macht des Selbsterhaltungstriebes die Verletzung bis dahin unbeteiligter Interessen Dritter. Ist die Notstandslage schuldhaft herbeigeführt, so ändert sich an dieser Ausgangslage nichts.¹⁾ Vor allem besteht keine besondere Vertrauenslage gegenüber dem durch die Notstandstat bedrohten Dritten. Dürfte dagegen der Dritte bei Eingehen einer vorausehbaren Gefahrlage aufgrund besonderer Umstände mit einer Gefahrtragungspflicht des Notstandstäters rechnen, so muß nach diesem Vertrauensverhältnis die Zulässigkeit einer Notstandshandlung beurteilt werden.

Folgt man den vorstehenden Ausführungen, so ist das Merkmal der Unverschuldetheit in § 54 StGB nicht nur von "zweifelhaftem Wert"²⁾, sondern de lege ferenda auch nicht mehr beizubehalten. Sofern jemand eine Notstandslage gesucht hat, um sich an einem unliebsamen Dritten rächen zu können, erfolgt der Ausschluß des Notstandsprivilegs schon nach dem Grundsatz der unzulässigen Rechtsausübung.

Aus der Ablehnung des Verschuldensgrundsatzes als Ausschluß des Notstandsprivilegs darf nicht gefolgert werden, die pflichtwidrige Herbeiführung einer Notstandslage sei rechtlich unbeachtlich. Nur die Forderung nach einer Pflicht zum Bestehen des Notstands soll nicht erhoben werden.³⁾ Es ist dagegen zweckmäßig und sinnvoll, eine Sondervorschrift zu schaffen, die allein die schuldhaft Herbeiführung einer Notstandslage behandelt. Herbeiführungs- und Notstandshandlung würden dann bei Verschulden nicht mehr als einheitliche Handlung, sondern getrennt betrachtet werden. Eine solche Sondervorschrift könnte dem eigenen Unrechtsgehalt der schuldhaften Gefährdung und Schädigung

1) ähnlich wie hier: Broglio, S. 55

2) zu Dohna, S. 45

3) grundsätzlich ebenso: Henkel, Der Notstand, S. 137 ff

gung der Interessen Dritter viel eher gerecht werden, als es de lege lata mit Hilfe der Pflicht zum Bestehen des verschuldeten Notstands erfolgen kann.

Wenn Lange zwar das Merkmal der Unverschuldetheit fallen lassen, aber " nach dem Modell des § 157 StGB " vorgehen will ¹⁾, so möchte er doch grundsätzlich nach der im Notstand begangenen Handlung bestrafen. Das erscheint gerade nicht angebracht. Nach der hier vorgeschlagenen Lösung könnte eine Sondervorschrift dem Richter die Möglichkeit geben, die schuldhaft Herbeiführung einer Notstandshandlung innerhalb eines bestimmten Rahmens nach pflichtgemäßem Ermessen zu bestrafen oder auch ganz von Strafe abzusehen.

III Notstandspflichten als Duldungspflichten bei anerkannten Gefahrlagen

Es gibt Rechtseinrichtungen, deren Durchführung für die Betroffenen mit einer Gefahr für Leib oder Leben verbunden sein kann. Zu solchen Einrichtungen zählen die manchmal folgeschweren allgemeinen und besonderen Zwangsimpfungen nach § 1 Impf G und § 15 B Seuch G. Ebenso gehört hierhin der Behandlungszwang nach den §§ 3, 17 G Krank G und nach § 17 Abs.4 Sold G. Ferner können im Zusammenhang mit der Strafverfolgung in besonders gelagerten Fällen - auch abgesehen von der durch Art. 102 GG abgeschafften Todesstrafe - erhebliche Gefahrlagen für den Betroffenen eintreten.

Das Recht findet auch bestimmte, durch die menschliche Natur bedingte Gefahrlagen vor. So können trotz der medizinischen Fortschritte einer Schwangeren durch die Schwanger - schaft und die Entbindung erhebliche Gefahren für Leib oder Leben erwachsen.

1) Lange, Niederschriften, Bd.2, S. 159

Nach einer weit-verbreiteten Meinung sind diese Gefahrlagen so eng mit bedeutenden Rechtsgütern verbunden, daß die Interessenlage eine Rettungshandlung auf Kosten fremden Lebens nicht gestatten darf. Die Betroffenen sollen verpflichtet sein, eine Notstandslage zu erdulden.¹⁾

Diese Ansicht setzt das Vorliegen von Fällen des strafrechtlichen Notstands voraus. Ob sie gegeben sind, muß jeweils vor Erörterung der rechtspolitischen Forderung nach einer Notstandspflicht geprüft werden.

1) Der Impf- und Behandlungszwang

Der allgemeine Zwang zur Pockenschutzimpfung nach § 1 Impf G sowie in Fällen besonderer Not zu Schutzimpfungen gegen Pocken, Cholera,

1) bezüglich der Impfpflicht: von Weber, Das Notstandsproblem, S. 94; LK, Nagler-Jagusch, § 54 III 1g, S. 382; hinsichtlich des Strafvollzugs: Böhm, S. 51; Baumgarten, Notstand und Notwehr, S. 40, Anm.1, S. 55, Anm.1; von Weber, a.a.O., S. 39, 94; von Hippel, Lehrbuch, S. 116, Anm.9; Deutsches Strafrecht, S. 222, Anm.4; Arndt, Herbert, S. 97; Mezger-Blei, Studienbuch, S. 197; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 162; Olshausen, Komm. 8. Aufl., § 54, Anm.9; Schönke-Schröder, § 52, Rdn. 2; RG St 54, 338 ff, 341; OLG Kiel, SJZ 1947, Sp. 323 ff, 330; einschränkend: nur bei rechtmäßiger Verurteilung: Siegert, S. 56, 57; (allerdings lehnt Siegert auch schon das Bestehen einer Notstandslage ab); nur bezüglich der normalen und gesetzlichen Folgen einer Straftat: OLG Gera, HEST, Bd.1, S. 20; Schönke-Schröder, a.a.O.; nicht bei lebenslänglicher Gefangenschaft: Broglio, S. 14; nicht bei rechtsstaatswidrigen Haftmaßnahmen, BGH, ROW 1958, S. 33; nur wegen der Rechtsnot als verschuldeter Gefahr: RG Recht 1915, Nr. 1222; unter Umständen gegenüber behördlichen Anordnungen: RG St 41, 215; bei rechtmäßigen Amtshandlungen: Petters-Preisendanz, § 54, Anm. 4 e; bei Gefahren während Schwangerschaft und Geburt: RG St 63, 334 ff, 338; Eb. Schmidt, Das Reichsgericht, S. 384; von Hippel, a.a.O.; Arndt, Herbert, S. 95; Mezger-Blei, Studienbuch, S. 197; gegen die Rechtsfolge der Notstandspflicht, weil schon keine Gefahrlage im Sinne der §§ 52, 54 StGB vorliege: bei Rechtsnot: LK, Nagler-Jagusch, a.a.O.; Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S. 195, Anm. 2a; BGH, Urteil vom 15.12.1955, LM zu § 52 Nr. 8 (bei rechtsstaatlichen Verhältnissen)

Typhus abdominalis und Diphtherie nach §15 B Seuch G entfällt nur, wenn ein Impfpflichtiger " nach ärztlichem Zeugnis ohne Gefahr für sein Leben oder seine Gesundheit nicht geimpft werden kann " (§ 2 Abs.1 Impf G, §15 Abs.1 Satz 3 B Seuch G).

Nach den genannten Vorschriften hat eine Impfung gerade dann zu unterbleiben, wenn eine Gefahr für Leben oder Gesundheit des Impflings zu befürchten ist.¹⁾ Dabei kann es sich nur um eine mit der Impfung verbundene gegenwärtige, konkrete Gefahr handeln. Andernfalls müßte jede Impfung unterbleiben. Es bergen grundsätzlich Impfungen dieser Art einen gewissen Grad von Gefährlichkeit in sich. Trotz sorgfältigster vorheriger Untersuchung durch den Impfarzt können sie - in zwar seltenen Fällen - durch medizinische Ausnahmeerscheinungen zu vorübergehenden schweren Erkrankungen, erheblichen Dauerschäden und sogar zu Todesfolgen führen. Dieses " Impfrisiko " stellt keine gegenwärtige Gefahr im Sinne des strafrechtlichen Notstands dar. Befreit demnach ein Arzt einen Impfpflichtigen nach zutreffendem ärztlichen Befund nicht von der Impfung, so liegt schon keine Notstandslage vor, der im Interesse der allgemeinen Volksgesundheit eine Pflicht zum Bestehen einer Gefahr gegenübertreten müßte. Befreit ein Arzt trotz Vorliegens einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Impflings schuldhaft nicht von einer angeordneten Impfung, so liegt ebenfalls keine Notstandslage vor. Eine Amtsausübung, die auf pflichtwidriger Prüfung der Sachlage beruht, ist rechtswidrig.²⁾ Es würde sich in einem derartigen Fall um einen nicht rechtmäßigen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit handeln. Unter Umständen wären sogar die

1) vergl. BVerwG, NJW 1959, S. 2326

2) RG St 4, 297 ff, 299; 72, 305 ff, 311;
BGH St 4, 161 ff, 162; OLG Darmstadt, NJW
1951, S. 165 ff, 166

Voraussetzungen der Notwehr gegeben. War die ärztliche Prüfung nur objektiv unrichtig, so ist allerdings der Eintritt einer Notstandslage möglich. Da das Recht die Befreiung vom Impfwang nur nach ärztlichem Zeugnis zuläßt, eine unrechtmäßige Amtshandlung aber nicht vorliegt, ist der Eingriff nach dem " Willen " der Rechtsordnung zu erdulden. Dieser Duldungspflicht zur Gefahrtragung muß notwendig die Pflicht zum Bestehen der Notstandslage entsprechen. Allein innerhalb dieses Rahmens ist es zutreffend, im Zusammenhang mit den Impfpflichten von Notstandspflichten zu sprechen.¹⁾

Auf der gleichen Ebene mit den Fällen des Impfwangs liegen die Fälle des Behandlungszwangs. Auch hier zieht das Gesetz von vornherein die Grenze, jenseits der ärztliche Eingriffe unzulässig sind. Nach § 17 Abs.2 G Krank G dürfen lebensgefährliche oder gesundheitsschädigende Behandlungen nur mit Einwilligung des Kranken vorgenommen werden. Wann eine derartige Einwilligung erforderlich ist, bestimmt § 1 der 2. DVO G Krank G. Formellrechtlich können im Gegensatz zur Regelung beim Impfwang Behandlungen trotz gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben des Betroffenen dann durchgeführt werden, wenn eine Zustimmung nach § 1 der 2. DVO G Krank G nicht erforderlich ist. Bei dieser Rechtslage ist zu beachten: Trotz der großen Ansteckungsgefahr, die von den Geschlechtskrankheiten mit ihren verheerenden Wirkungen ausgeht, darf der Mensch " wegen der Unantastbarkeit menschlichen Lebens " ²⁾ durch staatliche Zwangsgé-

1) zu allgemein und daher mißverständlich:
von Weber, Das Notstandsproblem, S. 94;
LK, Nagler-Jagusch, § 54 III 1g, S. 382

2) Jescheck, Das Menschenbild, S. 9

walt nie zum Objekt unmittelbarer, höchst gefährlicher Eingriffe gemacht werden. Wer einwenden möchte, auch durch die grundsätzliche, strafrechtlich geschützte Anerkennung von Gefahrtragungspflichten als Notstandspflichten verlange der Staat von bestimmten Bürgern, erhebliche Gefahren für Leib oder Leben einzugehen oder zu bestehen, übersieht folgenden Unterschied. Fordert das Recht die Pflicht zum Bestehen des Notstands, so regelt es nur, wie sich bestimmte Personen bei Eintritt einer Notstandslage zu verhalten haben. Es verbietet lediglich die Rettung auf Kosten der Interessen Dritter. Schafft dagegen der Staat durch Zwang eine Notstandslage, so überschreitet er die Grenzen seiner Befugnisse, wenn der Schutz der Gemeinschaft das Eingehen der Gefahrlage nicht unumgänglich fordert. So hohen Schutzinteressen dient aber der Behandlungszwang nicht. Das ergibt sich gerade aus der Freistellungsbestimmung. Deshalb entbindet die Bestimmung der gefährlichen Eingriffe in § 1 der 2. DVO G Krank G den Arzt vor jeder Behandlung nicht von der Prüfungspflicht, ob abgesehen von den vorgeschriebenen Ausnahmen der beabsichtigte Eingriff mit einer erheblichen Gefahr für Leib oder Leben des Kranken verbunden sein kann. Ist eine solche Gefahr zu befürchten, so muß die Behandlung unterbleiben.¹⁾

Anders als § 17 Abs. 2 G Krank G ist § 17 Abs. 4 Satz 6 Sold G gefaßt. Nach dieser Vorschrift ist eine ärztliche Behandlung unzumutbar, die mit einer erheblichen Gefahr für Leib oder Leben des Soldaten verbunden ist. Hier fehlt es an einer Bestimmung darüber, wer über die Unzumutbarkeit einer Behandlung zu entscheiden hat. Ob eine Behandlung mit erheblichen Gefah-

1) vergl. Hagen-Bernhardt, § 17, Anm. 7

ren für Leib oder Leben verbunden ist, kann nur von dem zuständigen Arzt beurteilt werden. Davon ist für die Entscheidung über die Zumutbarkeit einer Behandlung nach § 17 Abs. 4 Satz 6 Söld G auszugehen.

Insgesamt betrachtet besteht für die Fälle des Impf- und des Behandlungszwangs die gleiche Rechtslage. Eine Notstandslage kann auch beim Behandlungszwang nur auftreten, wenn ein Arzt bei nicht vorwerfbarem Verkennen der Sachlage eine lebensgefährliche Behandlung durchführen läßt. In einem derartigen Fall muß im Interesse der Schutzwürdigkeit einer rechtmäßigen Amtsausübung gefordert werden, die Notstandslage zu erdulden.

2) Die Strafverfolgung

Eine Notstandslage kann nach überwiegender Meinung im Zusammenhang mit dem Strafvollzug auftreten. Der Betroffene soll dann verpflichtet sein, die Maßnahmen der Strafvollstreckung zu erdulden.¹⁾ Entspricht diese Auffassung dem Standpunkt der Rechtsordnung zunächst bei der Strafvollstreckung?

Nach Abschaffung der Todesstrafe durch Art. 102 GG ist für das geltende Recht gemäß § 14 StGB lebenslange oder zeitige Zuchthausstrafe bis zu fünfzehn Jahren die schwerste Strafe. Vor Strafantritt soll der Vollzug der Freiheitsstrafe nicht ausnahmslos durchgeführt werden. So muß nach § 455 Abs. 2 StPO Strafaufschub gewährt werden, wenn für den Verurteilten "von der Vollstreckung eine nahe Lebensgefahr ... zu besorgen ist." Das ist bei hochgradiger lebensgefährlicher Erkrankung eines Verurteilten der Fall.²⁾ Wie zu verfahren ist, wenn erst im Laufe des Strafvollzugs Umstände

1) vergl. die Fundstellen auf S. 70, Anm. 1

2) Eb. Schmidt, Lehrkommentar, § 455, Anm. 4

der in § 455 StPO bezeichneten Art eintreten, ist in der Strafprozeßordnung nicht geregelt.¹⁾ Hier greifen die §§ 45, 46 St Voll Str O nach der einen Ansicht als selbständige Regelung ein.²⁾ Nach der anderen Ansicht sind sie nur eine Weisung an die Vollstreckungsbehörden, wieweit eine Unterbrechung des Strafvollzugs aus vollzugstechnischen Gründen in entsprechender Anwendung des § 455 StPO vorzunehmen ist.³⁾ Übereinstimmend ist gemäß § 45 Abs. 1 St Voll Str O die Unterbrechung des Strafvollzugs nur bei zeitiger Freiheitsstrafe zulässig.⁴⁾ Selbst sie kommt nach Abs. 4 dieser Vorschrift nicht in Betracht, wenn Gründe vorhanden sind, die einer Unterbrechung entgegenstehen. Das ist z.B. bei Fluchtgefahr der Fall.⁵⁾ Im übrigen verbleibt beim Strafvollzug immer das Recht, den Gnadenweg zu beschreiten.⁶⁾ Von dieser Rechtslage hat eine Untersuchung über Notstandspflichten bei der Strafverfolgung auszugehen.

Zunächst sollen die rechtskräftigen Verurteilungen betrachtet werden, durch die eine Freiheitsstrafe zu Recht verhängt worden ist. Die Beeinträchtigung der Freiheit stellt im allgemeinen keine Bedrohung der menschlichen Existenz und keine Notstandsgefahr dar.⁷⁾ Deshalb ist es unzutreffend, grundsätzlich bei jeder Erduldung einer Freiheitsstrafe von einer Notstandspflicht zu sprechen.⁸⁾ Allerdings kann eine lang andauernde Freiheitsentziehung

1) vergl. Eb. Schmidt, Lehrkommentar, § 455 Anm. 8; Löwe-Rosenberg, § 455, Anm. 1; Pohlmann-Hasemann, § 45, Anm. II 1

2) so Pohlmann-Hasemann, a.a.O.

3) so Löwe-Rosenberg, a.a.O.; ferner § 461, Anm. 3a

4) Löwe-Rosenberg, § 461, Anm. 3a; Pohlmann-Hasemann, § 45, Anm. II 2

5) Pohlmann-Hasemann, § 45, Anm. V

6) Pohlmann-Hasemann, § 45, Anm. II 1; Löwe-Rosenberg, § 455, Anm. 1a

7) vergl. Jescheck, Niederschriften, 12. Bd., S. 194

8) so aber Mezger-Blei, Studienbuch, S. 197

die Gesundheit erheblich schädigen und dann als Leibesgefahr angesehen werden.¹⁾ Aus diesem Grunde will Broglio bei " lebenslänglicher Gefangenschaft ", die " ein Leben völlig entwertet ", dem Betroffenen aus dem Gesichtspunkt der Leibes- und Lebensgefahr Notstand zubilligen.²⁾ Demgegenüber wird behauptet, Rechtsnot könne keine Notstandsgefahr begründen³⁾ oder, sie sei immer eine verschuldete Gefahr, die eine Rechtspflicht zur Verbüßung zur Folge hat.⁴⁾

Diese Auffassungen können nicht geteilt werden. Gegenüber der ersten Meinung ist hervorzuheben: Der strafrechtliche Notstand ist zwar ein Rechtsbegriff; aber er enthält einen fest umrissenen Begriff des täglichen Lebens: die Gefahr für Leib oder Leben. Es wäre lebensfremd, wollte man trotz einer tatsächlichen Gefährdung der Existenz eines Betroffenen dann keine Notstandsgefahr anerkennen, wenn die Not durch Rechtseinrichtungen bedingt ist. Auch die zweite Ansicht kann als allgemeine Aussage nicht für richtig befunden werden. Von einer verschuldeten Gefahr könnte man in diesem Zusammenhang nur sprechen, wenn der Verurteilte bei seinem Rechtsbruch erkannt hat, oder hätte erkennen können, er

1) vergl. Jescheck, Niederschriften, Bd. 12, S. 194

2) Broglio, S. 14

3) LK, Nagler-Jagusch, § 54 III 1g, S. 382; Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S. 195, Anm. 2a; Der bindende Befehl, S. 615; Mayer setzt aber immer ausdrücklich einen rechtmäßigen obrigkeitlichen Akt voraus; Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S. 370, Anm. 1; a.A. Baumgarten, Notstand und Notwehr, S. 40, Anm. 1; S. 55, Anm. 1; grundsätzlich ebenso bei rechtsstaatlichen Verhältnissen: BGH, Urteil vom 15.12.1955, LM zu § 52 Nr. 8; dabei hat der BGH ausdrücklich offen gelassen, wie bei gefährdetem Gesundheitszustand zu entscheiden wäre; vergl. auch die Anm. zu diesem Urteil von Martin; a.A. grundsätzlich LK, Jagusch, § 54, Anm. 2 e, S. 417

4) RG Recht 1915, Nr. 1222

werde infolge einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe in eine Notstandslage geraten. Ein solcher Fall dürfte selten vorliegen. Demnach kann eine Rechtsnot eine Notstandslage begründen, die nicht in jedem Fall von vornherein als verschuldet zu betrachten ist.

In einem rechtsstaatlich geordneten Gemeinwesen muß der Strafvollzug unter Beachtung der Gebote der Gerechtigkeit und der Menschlichkeit erfolgen.¹⁾ Er darf weder bei einer Gefahr für Leib oder Leben des Verurteilten durchgeführt werden²⁾, noch zu einer derartigen Gefahr führen³⁾. Der Strafzweck - die gerechte Vergeltung für eine schuldhaft Tat - würde durch die zusätzliche Belastung der Strafe mit einer Notstandsgefahr verfehlt werden, zumal der Strafvollzug um jeden Preis im höchsten Maße ungerecht erscheinen müßte. Wird von dem Vollzug einer Strafe trotz gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eines Verurteilten auch im Gnadenwege nicht abgesehen, so entsteht eine besondere Lage. Sie stimmt wegen der ungewöhnlichen Begleiterscheinungen des Strafvollzugs mit den Grundsätzen einer gerechten Bestrafung nicht mehr überein. Die Organisation des Rechtswesens und die materiale Gerechtigkeit stehen in einem derartigen - praktisch wohl seltenen-Fall in Widerstreit.

1) für die Beugehaft: BGH, Urteil vom 15.12.1955
LM zu § 52 Nr.8

2) so die Regelungen in § 455 StPO und in §45
St Voll Str O

3) Wenn in diesem Zusammenhang überhaupt von einer Notstandsgefahr die Rede ist, so kann es sich immer nur um folgendes handeln: trotz ärztlicher Betreuung läßt sich eine schon vorhandene erhebliche Erkrankung wegen der mit einer Freiheitsentziehung verbundenen Umstände nicht heilen; oder es entsteht eine derartige Erkrankung durch die besondere körperliche oder geistige Verfassung des Verurteilten.

Hier ist entscheidend, daß Grundlage der Vollstreckung ein rechtmäßiges Urteil ist. Dieses kann durch nicht zu billigende Umstände im Zusammenhang mit dem Strafvollzug nicht unrechtmäßig werden. Ob und aus welchem Grunde der Staat von dem Vollzug einer Strafe Abstand nimmt, darf im Interesse der Rechtssicherheit nur von den dazu berufenen Organen entschieden werden. Der Streit über die Verpflichtung zum Verzicht auf die Strafvollstreckung kann in einem Rechtsstaat nicht über den Notstandsgedanken am Leben des Vollzugsbeamten ausgetragen werden. Gegenüber der Amtstätigkeit eines solchen Beamten ist bei pflichtgemäßer Vollstreckung eines im ordnungsgemäßen gerichtlichen Verfahren ergangenen Urteils kein Notstandsrecht gegeben.¹⁾ Von einem Verurteilten muß gefordert werden, den Strafvollzug selbst im Notstand zu erdulden.²⁾

Rein theoretische Bedeutung hat für das geltende Recht die Frage, ob jemand verpflichtet ist, die Vollstreckung einer gesetzmäßig verhängten Todesstrafe zu ertragen.³⁾ Dennoch soll dieses Problem wegen der immer wieder auch von breiten Kreisen der Öffentlichkeit erhobenen Forderung nach Wiedereinführung der Todesstrafe kurz behandelt werden.

Bei Vollstreckung eines Todesurteils stellt sich der strafrechtliche Notstand als eine Rechteinrichtung dar.⁴⁾ Aus die -

1) vergl. OLG Kiel, SJZ 1947, Sp.323 ff.,330; LK, Jagusch, § 54, Anm.2e, S.417; Arndt, Herbert, S.97; a.A. anscheinend von Weber, der allein nach § 455 StPO die Grenze der Duldungspflicht bestimmt: Das Notstandsproblem, S. 94

2) wie hier grundsätzlich: LK, Jagusch, a.a.O.

3) so Maurach, AT, § 34 I A 6; OLG Kiel sogar bezüglich eines unrichtigen Todesurteils: a.a.O.

4) vergl. Olshausen, Komm., 8. Aufl., § 54, Anm. 9a

sem Grunde könnte die Todesstrafe als unzulässig erscheinen, weil staatliche Einrichtungen niemals zur sicheren Vernichtung menschlichen Lebens führen dürfen. Dieses Verbot wird durch die Einführung und Festsetzung der Todesstrafe nicht verletzt. Der Staat setzt nur als Folge für eine bestimmte tatbestandsmäßige Handlung die Todesstrafe fest und verhängt sie in einem gesetzmäßigen Verfahren. Die Einleitung eines solchen Verfahrens geht letztlich auf den verbrecherischen Willensentschluß des Täters zurück. Hier drängt sich allerdings der schon im Zusammenhang mit dem Strafvollzug erwähnte Gedanke auf, nach dem eine Pflicht zum Bestehen der Rechtsnot wegen der Vorausssehbarkeit des Eintritts der Notstandslage bei Tatbegehung gefordert werden muß. Diese Vorstellung ist aber entbehrlich. Setzt der Staat für bestimmte verbrecherische Verhaltensweisen die Todesstrafe fest, so folgt daraus notwendig die Pflicht zur Erduldung der Vollstreckung.¹⁾ Andernfalls würde sich die Rechtsordnung selber widersprechen und ihre Autorität auf das gefährlichste untergraben.

Als nächstes sollen die Fälle betrachtet werden, bei denen in einem rechtsstaatlich geordneten Gemeinwesen eine Notstandsgefahr im Zusammenhang mit der Vollstreckung eines unrichtigen Urteils erwächst.

Sieht man von der Notstandsgefahr ab und betrachtet allein das unrichtige Urteil, so muß beachtet werden: Die Rechtsordnung kennt aus

1) wie hier: Binding, Handbuch, S. 780; Ols-
hausen, Komm. 8. Aufl., § 54 Anm. 9a; Baum-
garten begründet dieses Ergebnis damit, daß
der zum Tode Verurteilte der Gefahr definit-
tiv nicht entgehen kann, da er seiner "elen-
den Existenz" immer wieder zurückgegeben
wird: Notstand und Notwehr, S. 55 Anm. 1

Gründen der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens Rechtsbehelfe zur Überprüfung und Aufhebung gerichtlicher Entscheidungen nur unter bestimmten Voraussetzungen; es werden zugunsten jener Rechtswerte die Verletzung der materialen Gerechtigkeit und eine Schädigung des zu Unrecht Verurteilten bewußt in Kauf genommen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen zur Beseitigung des unrichtigen Urteils nicht vorliegen oder nicht nachgewiesen werden können. Ein rechtskräftiges, unrichtiges Urteil stellt kein Vollstreckungshindernis dar.

Das Problem der Vollstreckung unrichtiger Entscheidungen besteht unabhängig von der Notstandsproblematik. Es kann die Lösung der Fälle, in denen zusätzlich eine Notstandsgefahr auftritt, nicht beeinflussen. Damit ist die gleiche Rechtslage wie bei der Vollstreckung rechtmäßiger Urteile gegeben: Insoweit dort eine Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage gefordert¹⁾ werden mußte, ist sie auch hier zu verlangen.

Die bisherigen Fälle beruhten ausdrücklich auf einem rechtsstaatlichen Strafverfahren oder Strafvollzug. Diese Voraussetzung ist bedeutsam, weil nur in einem rechtsstaatlich geordneten Gemeinwesen die normalen und gesetzlichen Folgen einer Straftat gewährleistet sind.²⁾ So kann nach Auffassung des Bundesgerichtshofs die Vollziehung einer Beugehaft nach § 70 Abs 2 StPO in einem Rechtsstaat, " in dem sie unter Beachtung der Gebote der Menschlichkeit erfolgt, nicht ohne weiteres als eine Gefahr für

-
- 1) vergl. Siegert, S. 56; Goldschmidt, Der Notstand, S. 54; von Weber, Das Notstandsproblem, S. 39; Arndt, Herbert, S. 97; LK, Jagusch, § 54 Anm. 2e, S. 417; OLG Kiel, SJZ 1947, Sp. 323 ff, 330; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 162
 - 2) vergl. dagegen die Entscheidung des BGH gegenüber rechtsstaatlich zweifelhaften Haftmaßnahmen in der sowjetisch besetzten Zone Deutschlands: BGH ROW 1958, S. 33

Leib oder Leben angesehen werden."¹⁾ Das gilt nicht mehr, wenn ein Staat das Gebot der Menschlichkeit durch das Prinzip der Willkür ersetzt hat. Die Verurteilung zu schwersten Strafen bei geringfügigen Vergehen kann bei menschenunwürdigem Strafvollzug nicht als gesetzliche Folge einer Straftat angesehen werden. In einem solchen Fall droht in der Regel schon ohne Hinzutreten besonderer Umstände, wie körperliche oder geistige Erkrankung, dem Betroffenen eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben. Die Strafe beruht nicht, wie etwa beim Todesurteil in einem Rechtsstaat, auf tatangemessenen, fest umrissenen Voraussetzungen, sondern allein auf der Willkür übermächtiger Personen. Eine auf Willkür beruhende Notstandslage kann nicht anerkannt werden. Ein Staat, der in grober Weise Recht und Gesetz mißachtet, hat sich selber außerhalb jeder Rechtsordnung gestellt und in weiten Bereichen den Anspruch auf Gehorsam verwirkt. Vor allem kann niemand verpflichtet sein, die anormalen und ungesetzlichen Folgen einer Straftat, die zu einer Notstandslage führen, zu bestehen.²⁾

Sollen auch bei der Strafverfolgung Notstandspflichten in dem gleichen Umfang wie beim Strafvollzug bestehen?

-
- 1) BGH Urteil vom 15.12.1955, LM zu § 52 Nr.8 sowie Anm. von Martin
 - 2) vergl. OLG Gera, HEST Bd.1, S.19 ff, 20; Schöнке-Schröder, § 52 Rdn. 2; LK, Jagusch, § 54 Anm.2e, S. 417; wohl auch Maurach, AT, § 34 I A 6; wenn Jagusch dem Urteil des OLG Kiel (SJZ 1947, Sp. 323 ff, 330) die gegenteilige Ansicht entnehmen zu können glaubt, so übersieht er, daß das OLG immer wieder von den Grundsätzen des Rechtsstaates und eines ordnungsgemäßen Urteils ausgegangen ist; diese Grundsätze waren zumindest in dem damals zur Beurteilung stehenden Fall nicht offensichtlich verletzt.

Auch hier ist in einem Rechtsstaat - außer dem für das geltende Recht theoretischen Fall der Verhaftung wegen einer mit Todesstrafe bedrohten Handlung - die Entstehung einer Notstandsgefahr nur bei einem gefährdeten Gesundheitszustand des Beschuldigten möglich.¹⁾ Bestimmungen, die einen derartigen Fall ausdrücklich regeln, gibt es nicht. Bei einer (theoretischen) Verhaftung wegen einer mit Todesstrafe bedrohten Handlung ist zu beachten: Wie jemand den Vollzug der Todesstrafe zu bestehen hat, so muß er auch die bei einer Verhaftung schon drohende Todesgefahr hinnehmen.²⁾ Für jeden anderen Fall gilt folgende Überlegung: Die Gewährung von Strafaufschub bei einer nahen Lebensgefahr für einen Verurteilten zwingt wegen der Unterschiedlichkeit der Interessenlagen keineswegs dazu, bei gleicher Gefahr entsprechend dem Rechtsgedanken des § 455 Abs.2 StPO auch von einer Verhaftung Abstand zu nehmen. Liegt Flucht- oder Verdunkelungsgefahr vor, so kann es je nach Schwere einer Straftat erforderlich sein,

-
- 1) BGH, Urteil vom 15.12.1955, LM zu § 52 Nr.8; vergl. auch die Anm. von Martin; vergl. dagegen die Entscheidung des BGH bei politisch bedingten Haftmaßnahmen in der sowjetisch besetzten Zone Deutschlands: BGH ROW 1958, S. 33, 34. Im Ergebnis hat der Gerichtshof die Berufung auf Notstand jedoch nicht zugelassen, da die Notstandslage nicht unverschuldet gewesen sei. Für den Angeklagten, der mit 23.000,-- DM Ost illegal die sowjetisch besetzte Zone Deutschlands verlassen und später illegal wieder betreten hatte, war nach Ansicht des BGH eine Verhaftung sowie der Eintritt einer Zwangslage voraussehbar, aus der er sich mindestens nur durch Gefährdung des Lebens eines anderen werde retten können. Diese Entscheidung halten Maurach und Rosenthal für bedenklich, weil der BGH das Vorliegen einer Notwehrlage nicht eingehend geprüft habe: Maurach, AT, § 34 I A6; Rosenthal, S.82,83
- 2) Man könnte vielleicht auch schon wegen der Ungewißheit des Ausgangs eines jeden Strafverfahrens die Gegenwärtigkeit der Gefahr verneinen.

einen Tatverdächtigen unter allen Umständen in Haft zu nehmen oder zu halten. Dem Interesse an einer erfolgreichen Verbrechensaufklärung und somit an der Verbrechensbekämpfung und Verbrechensverhütung muß im Einzelfall der Vorrang vor individuellen Rechtsgütern des Beschuldigten eingeräumt werden können. Das bedeutet, diesen in einem derartigen Fall für verpflichtet zu erklären, eine Notstandslage zu erdulden.¹⁾ Soweit das Strafverfahrensrecht im übrigen Eingriffe gegenüber dem Beschuldigten zum Zwecke der Strafverfolgung gestattet, sind durch die Bestimmungen der §§ 81a und 136a StPO enge Grenzen gezogen. Da jede nicht unerhebliche nachteilige Behandlung verboten ist, kann innerhalb dieses Rahmens zulässigerweise keine Notstandslage als Voraussetzung einer möglichen Notstandspflicht entstehen.

3) Schwangerschaft und Geburt

In den bisher behandelten Fällen traten Gefährtragungspflichten im Zusammenhang mit bestimmten Rechtseinrichtungen auf. Nun sollen Gefährlagen untersucht werden, die rechtlich derart anerkannt sein können, daß sie auch im Notstand erduldet werden müssen. Hierher gehört zunächst das Problem, ob eine Schwangere die durch eine Entbindung hervorgerufenen Gefahren für Leib oder Leben bestehen muß. Wenn behauptet wird, bei "normalen Gefahren" der Schwangerschaft und der Geburt müsse die Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage gefordert werden²⁾, so kann diese Ansicht aus

1) vergl. hierzu: RG St 54, 341; Siegert, S. 56, 57; von Hippel, Deutsches Strafrecht, S. 222, Anm. 4; Schönke-Schröder, § 52, Rdn. 2

2) so von Hippel, Deutsches Strafrecht, S. 222, Anm. 4; Mezger-Blei, Studienbuch, S. 197; Arndt, Herbert, S. 95; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 162

verschiedenen Gründen nicht geteilt werden. Bei einer "normalen Gefahr" liegt noch keine Notstandslage vor. "Normal" ist bei einer Schwangerschaft oder Entbindung ein gewisses Gefahrenrisiko, aber keine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben der Mutter. Es ist unzutreffend, wenn Jagusch in diesem Zusammenhang von einer gesteigerten Gefahrtragungspflicht spricht.¹⁾ Die Fälle mit "normaler Gefahrlage" müssen aus dem Kreis dieser Betrachtungen ausscheiden. Das gleiche gilt - wenn auch aus einem anderen Grunde - für alle Fälle der Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation. Hier liegt zwar eine ernste Gefahr für Leib oder Leben der Schwangeren vor. Gegenstand der Abtreibung ist aber nur die Leibesfrucht bis zu ihrem Menschwerden. Bei einer Abtreibung aus medizinischer Indikation ist die tatbestandsmäßige Handlung (§ 218 StGB) unter Beachtung bestimmter Regeln der ärztlichen Kunst in den meisten Ländern der Bundesrepublik Deutschland nach § 14 des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses²⁾, in Hessen und Bayern nach den zum übergesetzlichen Notstand entwickelten Grundsätzen gerechtfertigt.⁴⁾ In diesem Bereich kann die Frage der Schuld und somit der Entschuldigung nach Notstandsrecht gar nicht berührt werden.⁵⁾

1) LK, Jagusch, § 54 Anm. 2d, S. 417

2) Gesetz vom 14.7.1933 in der Fassung des Gesetzes vom 26.6.1935 (RG Bl I, S. 773)

3) BGH, NJW 1959, S. 2027 ff

4) vergl. die ausführliche Darstellung bei: Schöнке-Schröder, § 218 Rdn. 9ff; grundsätzlich ebenfalls für einen Rechtfertigungsgrund im Anschluß an RG 61, 242 ff; Welzel, Lehrbuch, S. 273; Maurach, AT, § 27 IV 1

5) a.A. Jagusch, der im Falle einer "unerwartet und plötzlich auftretenden höchsten Lebensgefahr" den allgemeinen Notstandsbestimmungen subsidiäre Bedeutung beimißt: LK, Jagusch, § 54 Anm. 5d, S. 421. Diese Ansicht ist unzutreffend. Auch ein sofortiges Einschreiten kann z.B. ohne Verbringen in ein Krankenhaus gerechtfertigt sein; vergl. BGH NJW 1959, 2027 ff

Die Leibesfrucht wird Mensch und Gegenstand einer Tötung, wenn mit Beginn der Wehen die Ausstoßung beginnt.¹⁾ Durch das in der Geburt befindliche Kind kann daher für die Mutter bei einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben eine Notstandslage begründet werden.

Nach Art. 2 der Ausführungsverordnung zum Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses²⁾ ist bei medizinischer Indikation die Tötung des Kindes (Perforation) entschuldigt. Der Entwurf E 1962 enthält in § 157 Abs.2 eine entsprechende Regelung.

Für die Frage nach der Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage kommt es hauptsächlich darauf an, daß eine Schwangere durch die Beibehaltung gegenüber einem werdenden Leben hinsichtlich dessen Lebensfähigkeit noch keinen Vertrauenstatbestand gesetzt hat, dem zugunsten des in der Geburt befindlichen Kindes eine Hingabe ihres Lebens entsprechen müßte. Auch " nach überwiegender Rechtsüberzeugung der Allgemeinheit " darf der Staat die Schwangere nicht durch Strafvorschriften zwingen, ein Kind bei gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben auszutragen.³⁾ Ist eine Entbindung mit Gefahren für Leib oder Leben der Mutter verbunden, so braucht diese bei Vorliegen der Voraussetzungen der medizinischen Indikation die Notstandslage nicht zu erdulden.

IV Notstandspflichten als Erfolgsabwendungs- und Einstandspflichten bei Schutzaufgaben

Alle in einem staatlich geordneten Gemeinwesen lebenden Bürger bilden eine Art Gefahren-

1) BGH St 10, S. 5

2) Verordnung vom 18.7.1935 (RG Bl.I, S.1035)

3) vergl. die Begründung zu § 157 E 1962, E1962 S. 293 ff

gemeinschaft. Von außen drohen Not und Verderben durch Kriege. Die innere Ordnung kann durch verbrecherische Anschläge, Katastrophen oder Unglücksfälle erheblich gefährdet werden. Es muß Aufgabe jeder gesunden staatlichen Ordnung sein, diesen Gefahren durch vorbeugende oder abhelfende Maßnahmen im Rahmen der in Frage kommenden Schutzeinrichtungen zu begegnen. Der Schutz der Sicherheit des Staates und seiner Ordnung dürfen aber nie Selbstzweck werden, sondern müssen sich letztlich an den richtig verstandenen Interessen der Bürger ausrichten. Im Mittelpunkt aller Schutzaufgaben hat nicht eine Einrichtung, sondern allein der Mensch zu stehen. Unter dieser Einschränkung sind alle zugewiesenen oder freiwillig übernommenen Schutzaufgaben zu betrachten.

1) Dienst-, Berufspflichten und ehrenamtlich übernommene Schutzaufgaben zur Gefahr -
tragung

a) Schutzpflichten als Hauptaufgabe einer
Tätigkeit

Zunächst sollen die Tätigkeiten untersucht werden, deren wesentlicher Inhalt die Gefahrenabwehr ist. An der Spitze der Personen mit hauptberuflichen Schutzaufgaben steht wegen seiner großen Bedeutung für die äußere Sicherheit eines Gemeinwesens der Soldat.

aa) Der Soldat

Der § 7 Sold G bestimmt für den Soldaten die Pflicht, "der Bundesrepublik Deutschland treu zu dienen und das Recht und die Freiheit des deutschen Volkes tapfer zu verteidigen." Nach dem Bericht des Ausschusses für Verteidigung über das Soldatengesetz dient diese Vorschrift dazu, Tapferkeit als das Ziel der

Erziehung und Selbsterziehung des Soldaten als soldatische Grundpflicht herauszustellen. Der Wille zur Pflichterfüllung soll stärker als die Furcht sein. Der Soldat hat die Einsicht zu gewinnen, daß die Verteidigung von Recht und Freiheit den Einsatz der ganzen Person notwendig macht.¹⁾

Neben dieser Grundpflicht zur Tapferkeit²⁾ stehen als weitere bedeutsame Pflichten die Pflicht zum Gehorsam (§ 11 Sold G), zur Kameradschaft (§ 12 Sold G), zur Verschwiegenheit (§ 14 Sold G) und zur Disziplin in und außerhalb des Dienstes (§ 17 Sold G). Dabei ist die soldatische Disziplin der Inbegriff aller spezifisch militärischen Pflichten: " Ehre, Treue, kämpferischer Mut, Verantwortungs- freude, Gehorsam, Kameradschaft in allen Lagen des soldatischen Daseins, das sind die den Pflichtenkreis des Soldaten bestimmenden höchsten Werte, deren Verwirklichung Disziplin im weitesten Sinne bedeutet." ³⁾

Es genügt nicht allein, diese Pflichten als Leitbilder soldatischen Verhaltens aufzustellen. Sie müssen vielmehr bei den strengen Anforderungen des militärischen Lebens mit notwendiger Härte gegen jede Art menschlichen Versagens durchgesetzt werden. Ursache des Versagens ist in vielen Fällen Furcht vor Gefahr. Bei der Erfüllung seiner Pflichten muß der Soldat gehalten sein, die menschliche Regung der Furcht vor Gefahr zu überwinden. So bestimmt auch § 6 WStG ausdrücklich: " Furcht vor persönlicher Gefahr entschuldigt eine Tat nicht, wenn die soldatische Pflicht verlangt, die Gefahr zu bestehen." Diese Vorschrift greift auf § 49 Abs. 1 MStG zurück, der wie folgt lautete: " Die Ver-

1) Verh. 2. DBT, Bd. 40 a, Drucks. 2140, S. 5 zu § 6

2) vergl. Scherer, § 7, Anm. III

3) Eb. Schmidt, Militärstrafrecht, S. 1

letzung einer Dienstpflicht aus Furcht vor persönlicher Gefahr ist ebenso zu bestrafen wie die Verletzung der Dienstpflicht aus Vorsatz."

Vergleicht man die beiden eben genannten Vorschriften miteinander, so ist ihnen gemeinsam, daß sich bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen der Soldat zur Entschuldigung einer Straftat nicht auf Notstand für Leib oder Leben berufen kann.¹⁾ Dennoch sind die Voraussetzungen der Gefahrtragungspflichten beider Vorschriften verschieden. Im Mittelpunkt des § 49 Abs.1 MStG steht der Begriff der Dienstpflicht, während in § 6 WStG nur von der "soldatischen Pflicht" die Rede ist. Der Begriff der Dienstpflicht hat einen formalen, starren Charakter, der Begriff der soldatischen Pflicht ist dagegen materiell und elastisch zu verstehen.²⁾ Die Bedeutung dieses Unterschiedes zeigt sich darin: Geht man von dem Begriff der Dienstpflicht aus, so wird die gesamte Problematik hauptsächlich auf das Gebiet des Befehlsrechts verschoben; denn eine Dienstpflicht besteht in der Mehrzahl der Fälle vor allem bei einem rechtmäßigen Befehl.³⁾ Es müßte in der Regel gefragt werden: wie weit darf ein Befehl gehen, um noch rechtmäßig und bindend zu sein? Auf das vorliegende Problem bezogen lautete die Frage: Ist ein Befehl noch verpflichtend, wenn er eine unverhältnismäßig große Gefährdung oder sogar den sicheren Tod des Befehlsunterworfenen zur Folge hat? Bestimmt dagegen nicht die Dienstpflicht, sondern die soldatische Pflicht die Gefahrtragungspflicht, so verlagert sich das Problem auf die Gesamtheit der Normen, die die soldatische Pflicht ergeben. Hier müßte gefragt

1) vergl. Rittau, § 6 Anm.1; Verh. 2. DBT, Bd.47, Drucks. 3040, S. 18

2) vergl. Dreher-Lackner-Schwalm, § 6 Rdn. 6

3) LK, Jagusch, § 54, Anm. 2d, S. 416

werden: Verlangt die soldatische Pflicht, ein erhebliches Gefahrenrisiko auf sich zu nehmen? Die Antwort kann von der Verbindlichkeit eines Befehls abhängen, sie kann sich auch danach richten, welche sonstigen soldatischen Pflichten - auch außerhalb des Dienstes - bestehen.

Der Tendenz nach ist die Fassung des § 6 WStG gegenüber der Reichweite des § 49 Abs.1 MStG einerseits enger, andererseits aber weiter. Sie ist enger insofern, als ein Befehl zum Eingehen einer Notstandslage für Leib oder Leben nur verbindlich sein kann, wenn die soldatische Pflicht das Bestehen der Gefahr verlangt. Sie ist weiter, da sie sich nicht nur auf das dienstliche Verhalten des Soldaten bezieht, sondern auch auf das Verhalten außerhalb des Dienstes.¹⁾ Welcher der beiden Fassungen der Vorzug zu geben ist, kann erst nach Abschluß der folgenden Einzeluntersuchungen entschieden werden.

Nach einhelliger Meinung soll der Soldat im militärischen Bereich bei einer Gefahr für Leib oder Leben zum Bestehen einer Notstandslage verpflichtet sein.²⁾ Diese Forderung beruht hauptsächlich auf anschließenden Überlegungen:

Furcht vor persönlicher Gefahr kann die Leistungsfähigkeit und Disziplin einer Truppe stark beeinträchtigen. Wankt während eines Gefechts in Augenblicken großer Bedrängnis auch

1) vergl. Verh.2.DBT, Bd. 47, Drucks. 3040, S.18; Dreher-Lackner-Schwalm, § 6, Rdn. 6; Arndt, Herbert, S.96, 97

2) vergl.: Binding, Handbuch, S.780; Köhler, S.39; Liszt-Schmidt, S.293; Baumgarten, Notstand und Notwehr, S.50; Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S.370; von Weber, Das Notstandsproblem, S.92; Broglio, S.48; Arndt, Herbert, S.96; Frank, Komm., §54, Anm.IV; Schönke-Schröder, § 54, Rdn.3; LK, Jagusch, § 54, Anm.2d, S.416; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S.162; Maurach, AT, § 34 IA6; Siegert, S.56; Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S.195; Mezger-Blei, Studienbuch, S.197; Kaufmann, S.153; Schwarz-Dreher, § 54, Anm.5; RG St 72, 246ff, 249.

nur ein Mann, so kann er die Standhaftigkeit auch anderer erschüttern und unübersehbare Folgen auslösen. Das militärische Leben muß grundsätzlich Gehorsam verlangen.¹⁾

Wie ist nun der Fall zu entscheiden, wenn befohlen wird, eine strategisch wichtige Stellung einzunehmen oder zu verteidigen?

Bei einem solchen Befehl mag die Aussicht des Überlebens für die Angehörigen der betreffenden Einheit sehr gering sein. Die Möglichkeit eines günstigen Ausgangs ist nicht völlig ausgeschlossen. Der Befehl enthält in erster Linie die Forderung, eine Gefahr zu bestehen und nicht das Verlangen, in den sicheren Tod zu gehen.²⁾

Bei einem derartigen Befehl stehen dem Untergebenen zwei Möglichkeiten offen. Entweder er gehorcht und setzt sein Leben für die Einnahme oder Verteidigung der Stellung ein, oder er verweigert den Gehorsam und schießt notfalls jeden nieder, der ihn an der Flucht hindern will. Die Notstandslage wird somit schon durch den Befehl ausgelöst. Unabhängig von ihm träte sie nicht ein. Der Soldat hat durch eigene Tätigkeit zur Eigengefährdung beizutragen. Insofern hebt sich diese Situation von zahlreichen anderen Notstandslagen ab, in denen

1) Eb. Schmidt, Militärstrafrecht, S. 58; von Weber, Das Notstandsproblem, S. 92; LK, Jagusch, § 54, Anm. 2d, S. 416; Maurach, AT, § 34 I A 6; Dreher-Lackner-Schwalm, § 6 Rdn. 6. Die Grenzen der Gehorsamspflicht bestimmt dagegen § 11 SoldG; vergl. auch § 22 WStG. Diese Regelungen sind nach der Auffassung des BDH nur beispielhaft zu verstehen und lassen unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit der Befehlsbefolgung eine Ausdehnung auf andere Fälle zu: BDH, NJW, 1958, S. 1464

2) vergl. Dreher-Lackner-Schwalm, § 6, Rdn. 6. Ob ein Befehl auch verpflichten kann, den sicheren Tod auf sich zu nehmen, betrifft die Frage nach Grenzen und Umfang der Notstandspflicht des Soldaten und soll im Rahmen der allgemeinen Untersuchungen der Grenzen und des Umfanges von Gefahrtragungspflichten am Ende dieses Kapitels unter VI erörtert werden.

eine Gefahrlage, wie z.B. bei Unglücksfällen oder Katastrophen, von außen und unabhängig von dem Willen der Beteiligten schon eingetreten ist. So lassen sich alle Notstandsfälle danach unterscheiden, ob eine Notstandslage bereits vorhanden ist, oder ob eine Person eine Notstandslage erst eingehen soll.

Aus dieser Feststellung müssen notwendig Folgerungen für die Zulässigkeit einer Notstandspflicht gezogen werden:

Bei der Forderung, Leibes- oder Lebensgefahr nicht abzuwenden, soll dem Schicksal sein " vorgezeichneter Lauf " gelassen werden.¹⁾ Die Berechtigung eines solchen Verlangens ist schon gegeben, wenn Dritte durch besondere Umstände auf die grundsätzliche Unverletzbarkeit ihrer Person vertrauen dürfen. Anders ist es bei der Forderung, eine Notstandsgefahr bewußt auf sich zu nehmen oder sie sogar durch eigene Tätigkeit zu schaffen oder zu fördern. Eine solche Forderung bedeutet einen Eingriff in das Schicksal.²⁾ Der Staat als Rechtsmacht

ist nur ausnahmsweise berechtigt, von dem Einzelnen zu verlangen, durch eigene Tätigkeit Leib oder Leben im Interesse Dritter einzusetzen. Seine Aufgabe besteht darin, das menschliche Leben zu achten und zu schützen. Die an eine Person gerichtete Forderung, eine Notstandslage einzugehen, kann nur zulässig sein, wenn gerade der Schutz hervorragender Interessen der Gemeinschaft oder das besondere Schutzbedürfnis eines Einzelnen ein solches Handeln unumgänglich verlangt. Dieser Grundsatz muß die Verbindlichkeit eines Befehls, eine Notstandslage einzugehen, beeinflussen. Das wird besonders deutlich, wenn man einerseits auf Kriegs- und andererseits auf Friedensverhältnisse abstellt. Im Krieg wird man grundsätzlich von der Gehorsampflicht gegenüber jedem Einsatzbefehl ausgehen müssen. Im

1) von Weber, Das Notstandsproblem, S. 37

2) von Weber, a.a.O.

Frieden darf selbst innerhalb der notwendig harten Ausbildung in der Regel das Äußerste nicht verlangt werden. Der Soldat muß zwar auch in eigenem Interesse ausreichend für den Ernstfall des Lebenseinsatzes vorbereitet werden. Er darf ihm aber nicht unmittelbar ausgesetzt werden. Diese Auffassung klingt auch in einer Entscheidung des Bundesdisziplinarhofs an. Folgende Rechtsfrage hat dem Senat vorgelegen:

Darf ein Soldat den Gehorsam verweigern, wenn ihm eine Diensthandlung auf einem Truppenübungsplatz befohlen wird, der von Blindgängern nicht frei ist?

Der Senat hat zwar diese Frage nicht ausdrücklich beantwortet. Er hat aber erklärt, daß Befehlsinhalt und dienstlicher Zweck nicht außer Verhältnis stehen dürfen. In diesem Zusammenhang hat er von "ausbildungsüblichen Gefahren" gesprochen, das heißt von "Gefahren, die mit der Ausbildung ihrem Wesen nach verbunden sind, wie z.B. beim Scharfschießen oder beim Übungswerfen mit Handgranaten." Auch bei solchen Gefahren verlangt der Senat noch, besondere Vorsichtsmaßnahmen zu treffen.¹⁾

Der Ansicht des Bundesdisziplinarhofs ist grundsätzlich zuzustimmen. Militärischer Zweck und anbefohlene Gefahrlage dürfen zueinander nicht außer Verhältnis stehen. Ein Befehl, der offenkundig und für jedermann erkennbar ohne dienstliche Notwendigkeit eine große Gefahr für Leib oder Leben der Untergebenen herbeiführt, ist nicht nur unverbindlich, sondern auch rechtswidrig.²⁾ Dieses Erfordernis der Verhältnismäßigkeit von Befehlsinhalt und militärischem Zweck muß als unge-

1) vergl. zum Vorstehenden: BDH, NJW 1958, S. 1464
2) vergl. BDH, NJW 1958, S. 1463ff; Dreher-Lackner-Schwalm, nur für den Fall, daß der Vorgesetzte die Unverhältnismäßigkeit des Befehls kennt; andernfalls sei der Befehl nur unverbindlich; § 2, Rdn. 32; diese Frage ist aber in diesem Zusammenhang bedeutungslos.

schriebenes Merkmal des verbindlichen Befehls angesehen werden¹⁾ Letztlich wird es immer darauf ankommen, ob der Befehlende seine Befehlsgewalt ermessensgerecht gebraucht oder für jedermann offenkundig mißbraucht hat. Es kann keine soldatische Pflicht zur Gefahrtragung bestehen, wenn der militärische Wert eines Unternehmens zu dem anbefohlenen Einsatz offenkundig außer Verhältnis steht.²⁾ Hält der Befehlsinhaber dagegen aufgrund der militärischen Lage äußersten Einsatz von Leib oder Leben der Soldaten für erforderlich, so ist der Befehl in der Regel rechtmäßig und verbindlich. Soll z.B. der Rückzug größerer Truppenteile gedeckt werden, so ist wegen der militärischen Notwendigkeit des Unternehmens von jedem Einzelnen letzter Einsatz zu fordern. Entsprechend muß auch im Ausgangsfall eine Notstandspflicht bei der Einnahme oder Verteidigung der strategisch wichtigen Stellung gefordert werden.

Zusammenfassend läßt sich bis jetzt feststellen:

Einem auf Eingehen einer Notstandslage abzielenden Befehl muß grundsätzlich eine Gefahrtragungspflicht entsprechen. Ein solcher Befehl kann aber keine Gefahrtragungspflicht begründen, wenn der militärische Wert der Befolgung des Befehls hinter dem Umfang der Personengefährdung offenkundig zurücktritt.³⁾

Inhalt der bisher behandelten Befehle war, eine Notstandslage einzugehen. Nun sollen Befehle untersucht werden, in denen eine Gefahr für Leib oder Leben des Befehlsempfängers gerade durch Ungehorsam entstehen kann. Das sind die Fälle des sogenannten Befehlsnotstands.

1) vergl. auch Maurach, AT, § 34 I A6

2) zu weit: Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S. 370

3) Eine Notstandspflicht kann daher wohl kaum gegenüber dem Unglücksbefehl vom 3.6.1957 bestanden haben, die reißende Iller zu Fuß zu überqueren.

Nach § 11 Abs.2 Satz 1 Sold G darf ein Befehl nicht befolgt werden, wenn ein Verbrechen oder Vergehen begangen werden soll. Führt ein Untergebener einen derartigen Befehl dennoch aus, so kann er sich von seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit durch Berufung auf den Befehl nicht befreien, wenn er den verbrecherischen Inhalt des Befehls erkannt hat oder ihm dieser nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich war (§ 5 Abs.1 WStG). Diese Regelung hindert nicht, bei ihrem Versagen Entschuldigungsgründe anderer Art, insbesondere den strafrechtlichen Notstand, selbständig zu prüfen.¹⁾

Ein rechtswidriger Befehl, der nicht befolgt werden darf, kann einen Soldaten in eine Notstandslage versetzen, wenn er ihn nur um den Preis eigener Leibes- oder Lebensgefahr verweigern kann.²⁾ Dem Bundesgerichtshof hat ein grundsätzlich hierher gehörender Fall zur Entscheidung vorgelegen. Nach dem Sachverhalt hatten die Angeklagten, der Chef einer Polizeikompanie und der Zugführer einer anderen Einheit, im Oktober 1941 bei der Massenerschießung jüdischer Einwohner der Stadt Mogilew (Weißrußland) unfreiwillig mitgewirkt. Das Schwurgericht hatte bindend festgestellt, daß für die Angeklagten im Falle einer Befehlsverweigerung die ernste, nicht zu

1) vergl. Dreher-Lackner-Schwalm, § 5 Rdn.12

2) vergl. Bockelmann, S. 43. Nach Roesen sind Fälle bewiesen, in denen während der national-sozialistischen Gewaltherrschaft der Widerstand gegen einen Befehl zur Tötung von Juden, Funktionären und Geisteskranken mit Tod oder Konzentrationslager geahndet worden ist: NJW 1964, S. 135. a.A. Jäger, S.79. Jäger beruft sich auf Aktenmaterial im Umfang von ungefähr 10.000 Urkunden sowie auf die Feststellungen des Bezirksgerichts Jerusalem im Eichmann-Prozeß, nach denen nicht ein einziger Fall nachzuweisen war, bei dem jemand wegen Verweigerung eines Erschießungsbefehls erschossen oder ernstlich bedroht worden wäre.

umgehende Gefahr bestand, selbst den Tod zu erleiden. Eine Pflicht zum Bestehen des Notstands hat der Bundesgerichtshof entgegen der Revision durch die Staatsanwaltschaft verneint.¹⁾ Da der Bundesgerichtshof seine Entscheidungsgründe auf die Eigenschaft der Angeklagten als Angehörige der Polizeivollzugsbeamten abgestellt hat, kann unmittelbar zu diesem Urteil erst später im Zusammenhang mit der Erörterung der Pflichten der Polizeibeamten Stellung genommen werden.²⁾

Hier wird der Fall insofern umgewandelt, als es sich bei den Befehlsempfängern um Angehörige rein militärischer Einheiten handeln soll.

Da die Massenerschießung durch keine Norm gerechtfertigt war, hätte ein Befehl mit verbrecherischem Inhalt vorgelegen. Für Angehörige der militärischen Einsatzkommandos war in einem derartigen Fall § 47 MStG maßgebend. Nach dieser Bestimmung machte sich (als Teilnehmer) strafbar, wer den Verbrechens- oder Vergehenscharakter eines Befehls kannte und ihn dennoch durchführte. Das geltende Recht hat eine vergleichbare Regelung in § 5 Abs.1 WStG. Das alte wie das neue Recht haben somit dem Soldaten bei Kenntnis von dem verbrecherischen Inhalt eines Befehls die Pflicht aufer-

-
- 1) Eine Beurteilung der Einsatzgruppenprozesse unter diesem Gesichtspunkten setzt allerdings voraus, daß der Tötungsbefehl Hitlers rechtswidrig war, gleichgültig, ob man ihn nach dem damaligen oder heutigen Recht beurteilt. Mit diesem Problem hat sich eingehend Roesen beschäftigt und in der NJW 1964 eine lebhafte Diskussion ausgelöst: Roesen, S. 133ff; Arndt, Adolf, S. 487 ff; Welzel, S. 521; Arndt, Adolf, S. 1310 ff; Baumann, S. 1398ff
 - 2) vergl. zum Vorstehenden: BGH, NJW 1964, S. 730 ff. Es erscheint jedoch schon der Ausgangspunkt zweifelhaft zu sein, die Angeklagten bei derartigen Einsätzen noch als Polizeivollzugsbeamte und nicht als Militäre zu betrachten und zu beurteilen.

legt, einen solchen Befehl nicht zu befolgen. Die gleiche Pflicht trifft nach geltendem Recht einen Untergebenen darüber hinaus schon dann, wenn ihm der verbrecherische Charakter eines Befehls nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist (§ 5 Abs. 1 WStG). Diese Pflicht gilt für alle Soldaten in gleicher Weise. Allerdings wird es in der Regel ein ranghoher eher als ein gemeiner Soldat wagen können, bei einem verbrecherischen Befehl Gegenvorstellungen vorzubringen, ohne gleich wegen Befehlsverweigerung mit erheblichen Nachteilen rechnen zu müssen. Wenn wie im Ausgangsfall die Entscheidung zwischen rechtswidriger Tötung fremder Personen bei Gehorsamsnötigung und Eigengefährdung bei Gehorsamsverweigerung getroffen werden muß, hat jeder Soldat wegen der unbedingten Pflicht zur Gehorsamsverweigerung bei verbrecherischem Befehl der Gehorsamsnötigung zu widerstehen. Das folgt auch aus seiner allgemeinen, umfassenden Aufgabe, Recht und Ordnung zu schützen und zu verteidigen.¹⁾ Es würde letztlich jede Pflicht zur Tapferkeit in Frage gestellt, wollte man einem Soldaten Gefahrtragungs - pflichten nur auferlegen, wenn die Befolgung eines rechtmäßigen Befehls zu einer Notstandslage führt. Der psychische Druck ist der gleiche, ob die Gefahr in-folge eines Befehls von

1) Da es bei Erfüllung dieser Schutz Aufgabe gegenüber den von den eigenen Machthabern kommenden verbrecherischen Angriffen auf Recht und Ordnung nur um ein passives Verhalten durch Befehlsverweigerung geht, dürfen diese Ausführungen nicht als eine Stellungnahme zu der Frage des allgemeinen Widerstandsrechts oder einer Widerstandspflicht aufgefaßt werden. Hier geht es allein darum, ob jemand verpflichtet ist, einen Befehlsnotstand zu bestehen und nicht darum, einem System des permanenten Befehls notstands aktiven Widerstand zu leisten.

dem Feinde oder von dem Befehlenden droht. Psychologisch ist allerdings die Lage recht verschieden. Die Gefahr, von eigenen Leuten einer Notstandslage ausgesetzt zu werden, ist nicht die typische Gefahr des Soldaten. Diese Tatsache ist bedeutsam, wenn man in Anlehnung an die erwähnte Entscheidung des Bundesgerichtshofs die Ansicht vertritt, auch der Soldat habe nur für ihn typische Gefahren zu bestehen. So hat der Bundesgerichtshof erklärt: "Wo Angehörigen bestimmter Berufe wie Polizeivollzugsbeamten, Feuerwehrmännern, Seeleuten, Ärzten und Krankenpflegern die Bereitschaft zum Lebensopfer abverlangt wird, bezieht sich das immer nur auf den Bereich der mit der jeweiligen Berufstätigkeit in notwendiger Weise verbundenen typischen Gefahren, bedeutet aber nicht, daß Angehörigen solcher Berufe über diesen Rahmen hinaus die Berufung auf die §§ 52, 54 StGB versagt sein könnte."¹⁾

Wenn der Bundesgerichtshof mit diesen Ausführungen einen allgemeinen Grundsatz des Inhalts aufstellen wollte, eine Notstandspflicht setze immer das Vorliegen einer für die jeweilige Berufsgruppe typischen oder üblichen Gefahr voraus²⁾, so kann ihm nicht zugestimmt werden. Auszugehen ist von dem Grundsatz, daß die Berufung auf die Notstandsbestimmung immer ausgeschlossen werden muß, wenn eine besondere Pflicht zur Gefahrtragung besteht. Diese Pflicht kann grundsätzlich nur bei Auftreten einer typischen Gefahr, darüber hinaus aber in Ausnahmefällen auch bei Vorliegen einer atypischen Gefahrlage gefordert werden.

1) BGH, NJW 1964, S. 731

2) so auch Kohlrausch-Lange, § 54, Anm. VII; Schöнке-Schröder, § 54, Rdn.3; Schwarz-Dreher, § 54, Anm.5

Entscheidend für die Forderung nach einer Notstandspflicht ist nur der Inhalt einer konkreten Pflichtenstellung, nicht das Vorliegen einer typischen oder atypischen Gefahr. Die Pflichtenstellung bestimmt Art und Umfang der zu bestehenden Gefahr, nicht umgekehrt die Art der Gefahr die Pflichtenstellung. Diese Auffassung entspricht auch dem § 6WStG. Nach dieser Vorschrift liegt eine Gefahrtragungspflicht dann vor, "wenn die soldatische Pflicht verlangt, die Gefahr zu bestehen."

Bei der Lösung des vorliegenden Falles ist nun zu prüfen, ob das Recht dem Soldaten eine Gefahrtragungspflicht auch bei der für ihn atypischen Gefahr eines Befehlsnotstandes auferlegt. Das ist der Fall. Nach § 5 Abs.1 WStG ist ein Untergebener bei Ausführung eines verbrecherischen Befehls grundsätzlich nicht entschuldigt. Das Recht stellt wegen der mit der weitgehenden Befehlsgewalt verbundenen Möglichkeit eines Rechtsmißbrauchs bei verbrecherischen Befehlen die Pflicht zum Ungehorsam auf. Es besteht die soldatische Pflicht, die atypische Gefahr eines Befehlsnotstandes auf sich zu nehmen.¹⁾ Somit hätten grundsätzlich die Befehlsempfänger die Notstandslage bestehen müssen.

Nun soll geprüft werden, wie zu entscheiden ist, wenn sich erst während der Ausführung eines rechtmäßig erteilten Befehls die Notwendigkeit einer erheblichen Selbstgefährdung herausstellt. So kann jeder Soldat in die Lage kommen, in der er ganz auf sich gestellt, durch keine besonderen Befehle geleitet, sich

1) Dagegen will wohl Bockelmann grundsätzlich einen Befehlsnotstand anerkennen. Er macht nur eine Ausnahme, wenn die Notstandslage durch freiwilliges Eintreten in eine politische Organisation verschuldet ist: Bockelmann, S. 43, Anm. 57

dem Feinde gegenübersteht. In der Regel wird hier keine Lage eintreten, aus der sich der Soldat nur durch eine strafbare Handlung im Sinne der §§ 52, 54 StGB retten kann. Vielmehr wird die Unterlassung oder Veränderung der Ausführung des ursprünglichen Befehls schon nach militärischen¹⁾ oder allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt sein.²⁾ In diesem Zusammenhang kann folgender Fall eintreten:

Ein Soldat soll einer Nachbarstellung eine wichtige Nachricht überbringen. Unterwegs entdeckt er feindliche Truppen, die einen Überfall auf die Stellung seiner Einheit vorbereiten. Gleichzeitig erkennt er, er könne sich zwar selber in Sicherheit bringen, seine Kameraden aber nur durch Einsatz seines Lebens warnen.

Bei der Lösung dieses Falles ist von der Bestimmung des § 12 Sold G auszugehen, die neben § 7 Sold G die Grundlage der soldatischen Pflicht bildet.³⁾ Nach dieser Vorschrift hat der Soldat die ausdrückliche Pflicht, seinen Kameraden in Not und Gefahr beizustehen. Dieser Beistandspflicht muß nach dem Sinn der Vorschrift auch eine Erfolgsabwendungspflicht entsprechen. Flieht der Soldat zur Rettung der eigenen Person, wird er Täter eines Unterlassungsdelikts (§ 212 StGB)⁴⁾, falls er sich nicht auf Notstand berufen darf. Die Beistands- und Erfolgsabwendungspflicht des Soldaten gemäß § 12 Sold G ist aber unabdingbar ausgeprägt. Sie kann auch im Notstand nicht entfal-

1) vergl. von Weber, Das Notstandsproblem, S. 93; Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S. 195, Anm. 2b; grundsätzlich hierzu: Dreher-Lackner-Schwalm, § 2, Rdn. 30

2) Entsprechend werden auch die Rechtfertigungsgründe nicht durch § 6 WStG ausgeschlossen: Dreher-Lackner-Schwalm, § 6 Rdn. 15 ff

3) Dreher-Lackner-Schwalm, § 6, Rdn. 6

4) grundsätzlich ebenso: Scherer, § 12, Anm. II 3

len und muß sich zur Gefahrtragungspflicht verdichten. Von dem Soldaten muß daher der Versuch der Warnung seiner Kameraden gefordert werden.

Die nächste Untersuchung betrifft die Frage, ob auch Kriegsgefangene oder Fahnenflüchtige Notstandspflichten treffen sollen.

Eine Notstandslage kann für diese Personen eintreten, wenn der Feind sie durch Bedrohung mit Gefahr für Leib oder Leben zum Verrat von Nachrichten über Truppenteile, Stellungen oder sonstige militärisch wichtige Dinge, sowie zur Preisgabe von Geheimnissen zwingen will.

Ob eine derartige Notstandslage zu bestehen ist, hängt wiederum allein von dem Inhalt der soldatischen Pflicht ab. Diese verlangt grundsätzlich, alle mit dem Militärdienst verbundenen Gefahren auf sich zu nehmen. Dazu zählen auch die Gefahren in der Gefangenschaft, die das Militärverhältnis nicht beendet (§ 2 Sold G). Deshalb muß der Kriegsgefangene verpflichtet sein, bei einer Notstandslage alle Zwangsmaßnahmen zu erdulden.¹⁾ Darüber hinaus will Herbert Arndt die gleiche Notstandspflicht dem Fahnenflüchtigen auferlegen.²⁾ Eine solche Verpflichtung scheint zunächst theoretisch und unzumutbar zu sein. Der Fahnenflüchtige hat den Eid gebrochen, " der Bundesrepublik Deutschland treu zu dienen und das Recht und die Freiheit des deutschen Volkes tapfer zu verteidigen " (§ 9 Abs.1 Sold G). Dadurch hat er sich innerlich von dem ihn verpflichtenden Treueverhältnis losgesagt und die soldatischen Pflichten für sich nicht mehr als verbindlich erklärt. Den-

1) vergl. Broglio, S. 39, Anm.5; von Weber, Das Notstandsproblem, S. 75; Arndt, Herbert, S. 97

2) Arndt, Herbert, S. 97

noch spricht entscheidend für die Ansicht von Arndt, daß sich keine Person durch pflichtwidriges Verhalten von den ihr auferlegten Pflichten befreien kann. Im Bereich der Notstandspflichten würde sonst die Verbindlichkeit jeder Gefahrtragungspflicht immer entfallen, wenn ein Pflichtenträger sich unzulässig von dem der Pflichtenstellung zugrunde liegenden Lebenssachverhalt löst. Solange im Hinblick auf bestimmte Rechtsgüter ein Schutzbedürfnis vorliegt, muß unabhängig von dem Verhalten des Pflichtenträgers an dem Bestehen der Gefahrtragungspflichten festgehalten werden. Von diesem Grundsatz kann für den Fahnenflüchtigen keine Ausnahme gemacht werden. Der durch die Fahnenflucht angerichtete Schaden durch Verminderung der Truppenstärke und Gefährdung der Truppenmoral kann sich um ein Vielfaches vergrößern, wenn der Fahnenflüchtige die ihm bekannten Nachrichten über militärisch wichtige Dinge oder Geheimnisse preisgibt. Wegen dieses bedeutsamen Interesses an der Schweigepflicht muß auch ein Fahnenflüchtiger verpflichtet sein, einem Zwang zum Verrat selbst in einer Notstandslage zu widerstehen.

In den bisher behandelten Fällen betraf die soldatische Pflicht dienstliches Verhalten. Die Begründung zum Entwurf eines Wehrstrafgesetzes rechnet zum Inhalt der soldatischen Pflicht auch außerdienstliche Handlungen. Furcht vor persönlicher Gefahr soll z.B. selbst dann unentschuldigbar sein, wenn sich ein Soldat bei einem drohenden Schiffsuntergang außerdienstlich an Bord befindet und sich auf Kosten einer anderen Person rettet.¹⁾ Ob diese Gefahrtragungspflicht im außerdienstlichen

1) Verh. 2. DBT, Bd. 47, Nr. 3040, S. 18; ebenso: Arndt, Herbert, S. 96, 97

Bereich auch gelten soll, wenn der Soldat Zivilkleidung trägt, geht aus der erwähnten Begründung nicht hervor. Dreher-Lackner-Schwalm scheinen eine derartige außerdienstliche Gefahrtragungspflicht nur zu fordern, wenn der Soldat während des Unglücks Uniform trägt.¹⁾ Von diesem Fall soll zunächst ausgegangen werden.

Wie beim Befehlsnotstand ist auf das Vorliegen einer nicht typischen, mit einem Wehrdienstverhältnis verbundenen, sondern auf eine atypische Gefahr hinzuweisen. Diese Tatsache schließt auch hier nicht von vornherein die Möglichkeit einer Gefahrtragungspflicht aus. Vielmehr muß auf die allgemeine Pflichtenstellung des Soldaten zurückgegangen werden. Es kommt zunächst die Grundpflicht des Soldaten zur tapferen Verteidigung des deutschen Volkes (§ 7 Sold G) in Betracht. Nach Scherer beinhaltet diese nur die Pflicht zur Tapferkeit bei militärischen Dienstpflichten und nicht bei " privaten " Pflichten.²⁾ Er führt diesen Grundsatz aber nicht einheitlich durch. Erleidet ein Kamerad im " privaten " Bereich einen Unglücksfall, so soll die Notstandspflicht nach § 12 Sold G an die Stelle der allgemeinen Nothilfpflicht nach § 330c StGB treten.

Vor einer Stellungnahme zu dieser Ansicht muß eine weitere Unterscheidung getroffen werden. Eine Notstandspflicht im " privaten " Bereich kann in zweierlei Hinsicht bestehen. Sie kann einmal gefordert werden, wenn ein Soldat außerdienstlich auf einen Unglücksfall trifft und eine Rettung eines Notleidenden nur durch erhebliche Eigengefährdung möglich ist. Sie kann zum anderen verlangt werden,

1) Dreher-Lackner-Schwalm, § 6 Rdn.6

2) Scherer, § 7, Anm. III 2

wenn sich der Soldat bereits in einer Notlage befindet und nur auf Kosten eines Dritten retten kann. Im ersten Fall würde Inhalt der Notstandspflicht ein Handeln, im zweiten Fall ein Unterlassen sein.

Scherer ist insofern recht zu geben, als es - abgesehen von dem ausdrücklich geregelten Fall nach § 12 Sold G - keine außerdienstliche Pflicht zur Tapferkeit durch Handeln geben kann. Eine Pflicht zum aktiven Schutz Dritter obliegt dem Soldaten nur im militärischen Bereich. Der Soldat ist kein "Hilfspolizist". Dagegen muß es der soldatischen Pflicht widersprechen, falls ein Soldat zu seiner Rettung eine andere Person töten dürfte. Es wäre unverständlich, müßte ein Soldat zwar im Kriegsfall Leib oder Leben für den Schutz der Bürger einsetzen, dürfte aber bei zivilen Notfällen fremdes Leben zur Rettung des eigenen straflos verletzen. Diese Ansicht widerspricht nicht § 6 WStG. Indem diese Bestimmung die Gefahrtragungspflicht weitergehend als § 49 Abs.1 MStG allein von der soldatischen Pflicht abhängig macht, muß auch eine außerdienstliche Notstandspflicht immer dann gegeben sein, wenn eine entsprechende Norm besteht. Hier kann § 17 Abs.2 Sold G in Betracht kommen.¹⁾ Diese Vorschrift bestimmt in Erweiterung der rein militärischen Pflichten im engeren Sinne ausdrücklich, daß das Verhalten des Soldaten auch außerhalb des Dienstes "dem Ansehen der Bundeswehr sowie der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden muß, die sein Dienst als Soldat erfordert."

Nach dieser Vorschrift ist der Soldat auch außerhalb des Dienstes niemals Privatperson. Er handelt dann pflichtwidrig, "wenn er auch als Privatperson, Staatsbürger sein Ansehen

1) so Dreher-Lackner-Schwalm, § 6, Rdn.6

als zur Verteidigung Berufener, das Ansehen der Bundeswehr überhaupt schädigt und das Vertrauen der Bevölkerung, die aus seinem Verhalten Schlüsse zieht, zu einer treuen ... Dienstführung untergräbt."¹⁾ Das Vertrauen gegenüber der mit weitgehenden Schutzaufgaben betrauten Bundeswehr und gegenüber jedem einzelnen Soldaten beruht gerade auf der unbedingten soldatischen Pflicht zur Tapferkeit (§7 Sold G). Die Vorschrift des § 17 Sold G muß im Zusammenhang mit § 7 Sold G gesehen werden, der seinerseits die unmittelbare Grundlage der Pflicht zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands bildet.²⁾ So war auch bei den Arbeiten zum Entwurf des Soldatengesetzes der Ausschuß für Verteidigung der Auffassung, daß bei der Pflicht zur Tapferkeit nicht nur an den Verteidigungsfall gedacht werden dürfe, sondern daß das gesamte Verhalten des Soldaten auch im Frieden unter dem Gesichtspunkt dieser Grundpflicht stehen müsse.³⁾

Rettet sich ein Soldat bei einem zivilen Unglücksfall auf Kosten eines Bürgers, so verletzt er zunächst seine umfassende Schutzpflicht. Er verletzt aber auch seine Pflicht, durch tapferes Verhalten das Ethos soldatischer Tapferkeit als einen Grundpfeiler militärischer Disziplin in jeder Lebenslage zu erfüllen und das auf Einhaltung dieser Pflichten gerichtete Vertrauen der Allgemeinheit zu rechtfertigen. Der uniformierte Soldat muß daher im vorliegenden Fall verpflichtet sein, die Notstandslage zu bestehen.⁴⁾

1) Scherer, § 17, Anm. II 2

2) vergl. Dreher-Lackner-Schwalm, §6, Rdn. 6

3) Verh., 2. DBT, Bd. 40a, Drucks. 2140, S. 5 zu §6

4) vergl. Dreher-Lackner-Schwalm, a.a.O.; Verh., 2. DBT, Bd. 47, Nr. 3040, S. 18. allerdings wird in der Begründung zum Entwurf des WStG hinsichtlich der anerkannten außerdienstlichen Gefahrtragungspflicht nicht unterschieden, ob der Soldat Dienstkleidung trägt oder ob er als Zivilperson auftritt.

Soll diese außerdienstliche Notstandspflicht im Ausgangsfall auch bestehen, wenn der Soldat Zivilkleidung trägt?

Solange der Soldat im Wehrdienstverhältnis steht (§ 2 Sold G), treffen ihn entsprechend der jeweiligen Lage die soldatischen Pflichten. Das muß auch gelten, falls er im außerdienstlichen Bereich als Zivilperson auftritt. Insofern besteht zu dem vorherigen Fall, in dem sich der Soldat zwar außerdienstlich aber in Uniform auf dem untergehenden Schiff befand, kein Unterschied. Allerdings könnte bezweifelt werden, ob durch eine Notstandshandlung des nicht uniformierten Soldaten das auf die Tapferkeit der Bundeswehr gesetzte Vertrauen verletzt werden kann (§ 17 Abs.2 Sold G), weil dieser äußerlich als Soldat nicht in Erscheinung tritt. Dieser Zweifel ist jedoch unbegründet. Der § 17 Abs.2 Sold G richtet sich allgemein an das soldatische Pflichtgefühl, das den Soldaten selbst außerhalb des Dienstes zur Einhaltung der soldatischen Disziplin leiten soll.¹⁾ Auch diese Vorschrift ist im Interesse des unbedingten soldatischen Ethos gegeben. Das Vertrauen auf die Erfüllung der sich hieraus ergebenden Pflichten liegt nicht nur vor, wenn jemand als Soldat erkennbar auftritt. Es besteht vielmehr eine allgemeine Vertrauenslage in dem Sinne, daß grundsätzlich ein Soldat im Interesse seiner bedeutsamen Aufgabensstellung Furcht vor persönlicher Gefahr nicht kennen darf. Dieses Vertrauen würde verletzt, falls sich ausnahmsweise doch ein nicht uniformierter Soldat durch eine Notstandshandlung retten dürfte. Jede erlaubte Durchbrechung des Grundsatzes der Pflicht zur Furchtlosigkeit müßte Zweifel erwecken, ob die Pflicht zur Überwindung des Selbsterhaltungs-

1) Scherer, § 17, Anm.1

triebes im Bewußtsein des Soldaten auch bei einem militärischen Einsatz unabdingbar eingepreßt ist. Auch der Soldat in Zivilkleidung muß daher im außerdienstlichen Bereich zum Bestehen einer Notstandslage verpflichtet sein.

Die vorstehenden Untersuchungen haben die Erforderlichkeit von Notstandspflichten des Soldaten in bestimmten Lagen gezeigt. Dabei wurde gemäß der Regelung in § 1 Sold G bewußt nicht danach unterschieden, ob es sich um einen wehrpflichtigen oder freiwilligen Soldaten handelt. Gefahrtragungspflichten als Schutzpflichten können nicht an persönliche Eigenschaften, sondern allein an ein objektives Schutzbedürfnis anknüpfen. Entscheidend kann immer nur sein, ob aufgrund einer bestimmten, nach außen in Erscheinung tretenden sozialen Stellung ein Vertrauenstatbestand vorhanden ist, der eine Pflicht zum Bestehen der Notstandslage erfordert.

Der Soldat muß im Krieg wie im Frieden, im Dienst und außerhalb desselben, auf Befehl und bei notwendiger Sachlage, im Befehlsnotstand und ferner in Gefangenschaft verpflichtet sein, trotz Furcht vor persönlicher Gefahr eine Notstandslage immer dann zu bestehen, wenn es die soldatistische Pflicht erfordert

Bei diesem Ergebnis liegt die entscheidende Problematik der Gefahrtragungspflicht im Begriff der soldatischen Pflicht.¹⁾ Nach der Auffassung von Rittau werden deshalb die allgemeinen Strafgerichte, die im Regelfalle zu entscheiden haben, vor eine für sie unlösbare Aufgabe gestellt.²⁾

Das Problem hinsichtlich des Bestehens von Pflichten, die sich zu Notstandspflichten verdichten sollen, gibt es für die Rechtsprechung

1) vergl. Dreher-Lackner-Schwalm, § 6, Rdn. 6

2) Rittau, § 6, Anm. 2

nicht nur an dieser Stelle. Ob bei genereller Zugehörigkeit zum Kreis der Träger von Notstandspflichten eine Pflicht zur Gefahrtragung gefordert werden muß, hängt in jedem Fall von den besonderen konkreten Umständen ab. Eine gerechte Lösung kann nur ein Begriff vermitteln, der wie der Begriff der soldatischen Pflicht die Möglichkeit bietet, die Forderung zur Tapferkeit von der objektiven Notwendigkeit und Zulässigkeit eines Einsatzes entsprechend der konkreten Sachlage abhängig zu machen. Deshalb ist der Regelung im Sinne des § 6 WStG gegenüber der formalen Bestimmung des nicht mehr geltenden § 49 Abs. 1 MStG der Vorzug zu geben.

bb) Der Ersatzdienstpflichtige

Als nächstes sollen Gefahrtragungspflichten der Personen untersucht werden, die eine gewisse Ähnlichkeit mit der Pflichtenstellung des Soldaten aufweisen. Das gilt besonders für die Ersatzdienstpflichtigen.

Anstelle des Wehrdienstes besteht für Kriegsdienstverweigerer ein ziviler Ersatzdienst (§ 25 W Pfl G). Im zivilen Ersatzdienst werden nach § 1 Ersatz G Aufgaben durchgeführt die dem Allgemeinwohl dienen. Hier interessieren vor allem die durch diese Vorschrift zugewiesenen Aufgaben, bei deren Durchführung Gefahren für Leib oder Leben auftreten können: so bei der Beseitigung von Schäden, die durch Katastrophen oder Unglücksfälle hervorgerufen werden.

Zu den Grundpflichten des Ersatzdienstleistenden gehört es gemäß § 13 Abs. 2 Ersatz G, im Dienst Gefahren auf sich zu nehmen, "wenn es zur Rettung anderer aus Lebensgefahr oder zur Abwendung von Schäden, die der Allgemeinheit drohen, erforderlich ist."

Diese Regelung enthält als Dienstpflicht eine Hilfeleistungspflicht. Nach dem Gesetz über den zivilen Ersatzdienst wird die Verletzung dieser Pflicht allein als Dienstvergehen geahndet (§§ 36 Ersatz G ff). Diese Vorschriften erfassen nicht die Folgen, die gerade durch die Verletzung der Dienstpflicht eingetreten sind, falls z.B. die Weigerung, Menschen aus einer brennenden Unglücksstätte zu retten, deren Tod zur Folge hat. Durch die Hilfeleistungspflicht als Dienstpflicht hat der Ersatzdienstleistende während seines Dienstes gegenüber Personen, die in Not sind, eine Garantenstellung : er muß sie retten. Deswegen kann der Ersatzdienstpflichtige Täter eines Unterlassungsdelikts werden. Zu prüfen ist, ob die Garantenpflicht nach dem Sinn ihrer Begründung auch bei erheblicher Eigengefahr bestehen soll.

Die Vorschrift des § 13 Abs.2 Ersatz G spricht zwar nicht ausdrücklich von einer Rettungspflicht auch bei Gefahren für Leib oder Leben des Ersatzdienstpflichtigen. Eine Rettung aus Lebensgefahr macht es aber in der Regel erforderlich, daß sich auch der Retter in die Lage des Gefährdeten begibt. Wenn der Ersatzdienstleistende verpflichtet ist, zur Rettung anderer aus Lebensgefahr Gefahren auf sich zu nehmen, so können im Interesse der Allgemeinheit nur alle Gefahren einschließlich der eigenen Lebensgefahr gemeint sein. Damit berührt sich die Hilfeleistungspflicht des Ersatzdienstleistenden mit der Pflicht des Soldaten zur Tapferkeit.¹⁾ Eine andere Auslegung des § 13 Abs.2 Ersatz G würde diese Vorschrift entwerten und wegen der allgemeinen,

1) vergl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über den zivilen Ersatzdienst: Verh., 3. DBT, Bd.55, Drucks. 34, S. 13

begrenzten Hilfeleistungspflicht nach § 330c StGB weitgehend entbehrlich machen. Die Garantenpflicht nach § 13 Abs.2 Ersatz G kann nur sinnvoll sein, wenn sie auch als Gefahrtragungspflicht im Sinne einer Notstandspflicht verstanden wird.¹⁾

Gleichzeitig zeichnen sich hier weitere Grundsätze im Bereich der Notstandspflichten ab. Stellt die Rechtsordnung eine Handlungspflicht auf, so ist immer nach ihrem Sinn zu beurteilen, ob sie auch bei Leibes- oder Lebensgefahr des Pflichtigen gelten soll. Ist das der Fall, so muß zum Schutze dieser Pflicht eine entsprechende Notstandspflicht gefordert werden. Auszugehen ist aber immer davon, ob und bis zu welcher Grenze das Recht solche Handlungspflichten im Interesse des Allgemeinwohls aufzustellen berechtigt ist. Für den Ersatzdienst muß eine derartige Berechtigung anerkannt werden. Er stellt durch die Möglichkeit des Einsatzes bei Katastrophenfällen und beim zivilen Luftschutz neben den Polizeikräften einen weiteren Sicherheitsfaktor dar.

Eine Abhängigkeit der Gefahrtragungspflicht von der Notwendigkeit und Zulässigkeit des Einsatzes besteht ebenso wie beim Soldaten. Das gilt besonders gegenüber der gleichfalls weitgehenden Gehorsamspflicht des Ersatzdienstpflichtigen nach § 14 Ersatz G. Fraglich ist auch hier, ob der Ersatzdienstleistende außerhalb seines Dienstes Träger von Notstandspflichten sein soll. Dabei kann es sich ebenso wie beim Soldaten - abgesehen von der Kameradenhilfe nach § 12 Sold G - nur um die Frage handeln, ob ein Ersatzdienstleistender verpflichtet ist, eine schon eingetretene Notstandslage zu ertragen. In dem nun zu

1) für eine Notstandspflicht des Ersatzdienstpflichtigen: Schönke-Schröder, § 54, Rdn.3

prüfenden Fall soll sich diesmal außerdienstlich ein Ersatzdienstpflichtiger an Bord des untergehenden Schiffes befinden und vor die Wahl gestellt sein, entweder zu ertrinken oder eine andere Person aus dem vollbesetzten Rettungsboot zu stoßen.

Der § 13 Abs.2 Ersatz G spricht nur von Gefahren, die der Ersatzdienstleistende im Dienst auf sich nehmen muß. Diese Vorschrift verweist somit nicht wie § 6 WStG auf eine allgemeine Pflichtenstellung. Auch fehlt eine besondere Bestimmung, die entsprechend der Regelung für den Soldaten tadelloses außerdienstliches Verhalten zur Pflicht erhebt. Lediglich nach § 27 Ersatz G muß bei Verhängung einer Disziplinarstrafe außerdienstliches Verhalten berücksichtigt werden. Läßt sich eine Gefahrtragungspflicht im privaten Bereich aus einer ausdrücklichen Regelung nicht herleiten, so könnte versucht werden, sie ebenso wie beim Soldaten auch aus der allgemeinen Schutzpflicht gegenüber der Allgemeinheit abzuleiten.

Es erscheint zweifelhaft, ob beim Ersatzdienst leistenden allein diese allgemeine Pflichtenstellung außerdienstliche Gefahrtragungspflichten begründen kann. Für die Zeit der Ersatzdienstleistung nimmt zwar der Ersatzdienstpflichtige ebenso wie der Soldat für die Dauer seines Wehrdienstes im Gegensatz zu den Staatsbürgern, die in keinem derartigen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen, durch die Schutz- und Gehorsamspflichten eine besondere Stellung ein. Dem Dienst des Ersatzdienstleistenden kann aber trotz der bedeutenden Aufgaben bei Katastrophen, in Heil- und Pflegeanstalten und beim zivilen Luftschutz nicht die hervorragende Bedeutung wie dem Wehrdienst wegen der Verteidigungsaufgaben des Soldaten beigemessen werden. Zeigt sich ein Ersatzdienstpflichtiger außerdienstlich nicht

tapfer, so kann sein Verhalten trotz der Möglichkeit einer ähnlichen Reaktion bei einem anderen gefährvollen Einsatz nicht die gleichen, in ihren Folgen unübersehbaren Nachteile wie bei einer grundsätzlichen Lockerung der soldatischen Pflicht zur Tapferkeit nach sich ziehen. Aus diesem Grunde ist es nicht unumgänglich erforderlich, im Interesse der Erfüllung der dienstlichen Schutzaufgaben und des Dienstethos auch im privaten Bereich Furcht vor persönlicher Gefahr als Entschuldigungsgrund nicht gelten zu lassen. Deswegen kann im vorliegenden Fall die weitgehende Forderung zum Bestehen der außerdienstlichen Notstandslage nicht erhoben werden.

cc) Der Polizeivollzugsbeamte

Die bedeutendste und allgemeinste Schutzaufgabe gegenüber dem Einzelnen und dem Gemeinwesen fällt im zivilen Bereich der Polizei zu. Die Polizeibehörden haben nach dem Polizeigesetzen der einzelnen Länder und auf den dem Bund zugewiesenen Gebieten die Aufgabe zur Gefahrenabwehr, wenn die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedroht wird. Diese umfassende Aufgabe ist nach Arbeitsgebieten aufgeteilt. Von den zahlreichen Gliederungen der Polizei sollen nur die erwähnt werden, deren Beamte hauptsächlich im Außendienst mit Vollzugsgewalt tätig und häufig bei Erfüllung ihrer Aufgaben Gefahren für Leib oder Leben ausgesetzt sind. Dazu zählen auf Landesebene die Sicherheitspolizei mit den Unterabteilungen der Kriminalpolizei, Schutzpolizei oder Gendarmerie, Wasserschutzpolizei sowie Bereitschaftspolizei und auf Bundesebene Beamte des Bundeskriminalamtes, des Bundesgrenzschutzes sowie der Bundesbahn-, Strom-, Schiff-

fahrts- und Luftpolizei.¹⁾

Eine bedeutende Aufgabe wird den Behörden und Beamten des Polizeidienstes ferner durch § 163 StPO zugewiesen. Danach haben sie auch zum Zwecke der Strafverfolgung tätig zu werden.

Im Polizeirecht gibt es keine ausdrückliche Norm, die eine Tätigkeit selbst bei eigener Gefährdung von Leib oder Leben eines Polizeibeamten fordert. Vielmehr gilt grundsätzlich bei jedem Handeln zur Gefahrenabwehr das Opportunitätsprinzip. Hat die Polizei einen Sachverhalt als Gefahr erkannt, so kann sie nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, ob das öffentliche Interesse ein polizeiliches Einschreiten nach Lage aller in Betracht kommenden Umstände gebietet.²⁾ Von diesem Grundsatz gibt es richtiger Ansicht nach eine bedeutende Ausnahme. Droht einer Person eine Gefahr für Leib oder Leben, so muß die Polizei tätig werden. Bei Gefährdung dieser höchsten Güter würde ein Nichteinschreiten mit der ordnungsgemäßen Handhabung des Ermessens nicht mehr vereinbar sein.³⁾ Dieser Grundsatz muß auch gelten, wenn dem Polizeibeamten bei seinem Einschreiten selber Gefahr für Leib oder Leben droht. Andernfalls würde gerade in den bedeutsamen Fällen höchster Not kein hinreichender Schutz gewährleistet sein. So hält es Baumgarten für unerträglich, " daß der Polizist unter Berufung auf seine Furcht vor persönlicher Gefahr seine Pflicht straflos vernachlässigen können soll."⁴⁾

Muß grundsätzlich von einem Polizeibeamten die Erfüllung der Dienstpflicht auch bei eigener

1) vergl. zum Vorstehenden: Drews-Wacke, S.523f 538 ff

2) vergl. Drews-Wacke, S. 159

3) vergl. Drews-Wacke, S. 162; B Verw G. DVBl. 1961, S. 125 ff, 126

4) Baumgarten, Notstand und Notwehr, S. 51

Leibes- oder Lebensgefahr gefordert werden¹⁾, so bleibt zu prüfen, wann eine solche Forderung erhoben werden darf.

Nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs kann Polizeivollzugsbeamten eine Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage nur abverlangt werden, wenn es sich um typische, mit ihrer jeweiligen Tätigkeit in notwendiger Weise verbundene Gefahren handelt.²⁾

Zu dieser Ansicht ist auch hier zunächst zustimmend zu bemerken:

Handelt es sich um berufstypische Gefahren, so verlangt die Aufgabenstellung eines Polizeibeamten im Interesse der Allgemeinheit auf jeden Fall unbedingte Pflichterfüllung. Ein Polizist darf nicht tatenlos zusehen, wenn ein Passant vor seinen Augen überfallen wird. Der Kriminalbeamte hat zum Schutze der Gesellschaft vor weiteren Verbrechen einen Mörder auch dann zu verfolgen, wenn er selber niedergeschossen werden kann.³⁾ Ferner muß der Bundesgrenzschutz verpflichtet sein, im Notfall Übergriffen an den Bundesgrenzen in gleicher Weise wie eine militärische Einheit zu begegnen.

Problematisch ist auch nicht, ob bei berufstypischen Gefahren eine Notstandspflicht ge-

1) für eine Notstandspflicht des Polizeibeamten: Binding, Handbuch, S. 782; Köhler, S. 38 Broglio, S. 52; Henkel, Zumutbarkeit, S. 294; von Weber, Das Notstandsproblem, S. 92; Siegert, S. 55; Baumann, Lehrbuch, S. 415; Sauer, S. 127; Figge, Sp. 180, Anm. 1; Mezger-Blei, Studienbuch, S. 197; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 162; Kaufmann, S. 153; Olshausen, 12. Aufl., § 54, Anm. 4; LK, Jagusch, § 54, Anm. 2d, S. 416, 417; Schönke-Schröder, § 54, Rdn. 3; Kohlräusch-Lange, § 54, Anm. VII; Schwarz-Dreher, § 54, Anm. 5 RGSt 72, S. 245 ff; 249; OLG Tübingen, NJW 1948, S. 701; BGH NJW 1964, S. 731

2) BGH, a.a.O.

3) vergl. Paurach, AT, § 27 II 5b (Beispiel im Rahmen eines Ausschlusses des rechtfertigenden Notstands)

fordert werden soll. Fraglich ist vielmehr, ob die allgemeine Pflichtenstellung des Polizeibeamten auch Gefahrtragungspflichten bei Auftreten atypischer Gefahren beinhaltet. Nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs sollen für Polizeibeamte außerhalb des Rahmens atypischer Gefahren wieder die allgemeinen Notstandsbestimmungen gelten. Dabei liegt der Entscheidung des Bundesgerichtshofs der schon erwähnte Sachverhalt zugrunde, nach dem zwei leitende Angehörige von Polizeikompanien im Jahre 1941 unter Notstandsvoraussetzungen bei der Massenerschießung jüdischer Einwohner der Stadt Mogilew mitgewirkt hatten. Ein weiterer bedeutender Satz aus der Urteilsbegründung, mit dem für die beiden Angeklagten eine Pflicht zum Bestehen des damaligen Notstands verneint wird, lautet: "Denn ihnen drohte die Lebensgefahr nicht im Zusammenhang mit einer weisungsgemäß vorgenommenen, im Rahmen ihrer normalen Berufsausübung liegenden Diensthandlung, sondern sie erwuchs ihnen daraus, daß sie - eine gänzlich aus dem normalen Rahmen fallende Lage - von hoher Hand zur Mitwirkung bei einem Verbrechen befohlen wurden."¹⁾

Zu der die Gefahrtragungspflicht von Polizeibeamten einschränkenden Auffassung des Bundesgerichtshofs ist zu bemerken:

Für einen Polizeibeamten darf die Berufung auf die allgemeinen Notstandsbestimmungen nicht in jedem Fall ausgeschlossen werden. So kann er selbst im Hinblick auf seine umfassenden Schutzaufgaben außerdienstlich ebenso wenig wie der Ersatzdienstleistende verpflichtet sein, eine Notstandslage zur Rettung anderer einzugehen. Auch steht im Mittelpunkt der Berufspflichten eines Polizisten trotz dessen Garantenstellung bei Gefahren im

1) vergl. zum Vorstehenden: BGH, NJW 1964, S. 731

zivilen Bereich nicht wie beim Soldaten die immer wieder einzuprägende unbedingte Pflicht zur Tapferkeit, so daß ebenfalls wie beim Ersatzdienstpflichtigen eine Rettung aus einer außerdienstlich eingetretenen Notstandslage nicht versagt zu werden braucht. Diese Ausnahmen von der grundsätzlich bestehenden Gefahrtragungspflicht eines Polizeibeamten treffen für den vorliegenden Fall nicht zu. Hier waren die Polizisten dienstlich durch einen Befehl in eine Notstandslage geraten. Im dienstlichen Bereich müssen bei Polizeibeamten ähnlich wie bei Soldaten¹⁾ die öffentlich rechtlichen Schutzpflichten auch bei außergewöhnlichen Gefahrenlagen die Individualinteressen zur Selbsterhaltung überwiegen. Das hat besonders dann zu gelten, wenn wie im vorliegenden Fall mit Hilfe der Dienstgewalt - also durch aktives Handeln - Leib und Leben fremder Personen rechtswidrig verletzt werden sollen. Entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofs muß vom rechtspolitischen Standpunkt aus die Meinung vertreten werden, daß die beiden angeklagten Polizeibeamten sich trotz eigener Lebensgefahr dem Befehl zur Tötung der russischen Juden widersetzen mußten. Soll auch derjenige eine Notstandslage bestehen, der von der Polizei in einem Unglücksfall als Privatperson zur Nothilfe bei Eigengefahr herangezogen wird? Die Polizeigesetze der Länder gestatten, zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr für Sicherheit oder Ordnung im äußersten Notfalle auch unbeteiligte Personen zur Hilfeleistung heranzuziehen.²⁾ Das kann notwendig

1) vergl. die Ausführungen auf S. 97 ff

2) vergl. § 9 Polizeigesetz von Baden-Württemberg, Gesetz vom 21.11.1955, GBl. S. 249; § 19 Ordnungsbehördengesetz von Nordrhein-Westfalen, Gesetz vom 16.10.1956, GS, S. 155

sein, wenn eine Gefahr von Explosionen besteht, ferner bei Bränden, Überschwemmungen und ähnlichen Unglücksfällen großen Ausmaßes.

Grundsätzlich hat bei Unglücksfällen schon jeder, ohne eine besondere Garantenstellung einzunehmen, eine selbständige Nothilfpflicht nach § 330c StGB. Bei Verletzung dieser Pflicht wird nur nach dieser Vorschrift und nicht wegen des durch die Unterlassung eingetretenen Erfolges bestraft. Der § 330c StGB kann daher als echtes Unterlassungsdelikt nicht Grundlage einer Notstandspflicht sein.¹⁾ Nach dieser Vorschrift entfällt die Hilfeleistungspflicht auch ausdrücklich bei "erheblicher eigener Gefahr". Darunter ist eine Bedrohung der Gesundheit und des Vermögens des Pflichtigen oder naher Angehöriger zu verstehen.²⁾ Demgegenüber zieht das Polizeigesetz von Baden-Württemberg in § 9 für die polizeiliche Hilfeleistungspflicht keine Grenze. Anders ist die Regelung in Nordrhein-Westfalen. Nach § 19 Ordnungsbehörden-gesetz ist eine Inanspruchnahme schon unzulässig, "wenn sie das Leben oder die Gesundheit der nicht verantwortlichen Personen gefährdet". Die Hilfeleistungspflicht nach dieser Bestimmung steht somit hinter der Regelung im Sinne des § 330c StGB zurück.³⁾ Aber auch nach den entsprechenden Vorschriften anderer Landespolizeigesetze kann von einem unbeteiligten Bürger nicht gefordert werden, einen wesentlich höheren persönlichen Einsatz, als es nach § 330c StGB erforderlich wäre, zu wagen. Brächte die Polizei durch die Inanspruchnahme unbeteiligter Dritter diese selbst in größte Gefahr für Leib oder Leben, so würde sie ledig-

1) vergl. Kaufmann, S. 153, Anm. 159

2) Schönke-Schröder, § 330c, Rdn. 21

3) vergl. Drews-Wacke, §. 254

lich die ursprüngliche Gefahr durch eine neue Gefahr für bisher ungefährdete und an der Gefahrenabwehr grundsätzlich unbeteiligte Personen ersetzen.¹⁾ Personen, die nach den polizeilichen Notstandsnormen zur Hilfeleistung herangezogen werden, können nicht verpflichtet sein, eine etwaige Notstandslage zu bestehen.

dd) Der Feuerwehrmann

Ein besonderes Aufgabengebiet der Sicherheitspolizei ist der Feuerschutz. Er ist wegen seiner großen Bedeutung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung in besonderen Gesetzen geregelt.²⁾ Die Aufgaben des Feuerschutzes nehmen die Feuerwehren wahr. Feuerwehren sind öffentliche Feuerwehren (Berufsfeuerwehren und Freiwillige Feuerwehren) und Werksfeuerwehren. Neben der Bekämpfung von Schadenfeuer obliegen den Feuerwehren - je nach Landesgesetzgebung - auch allgemeine polizeiliche Aufgaben: so die Hilfeleistung bei Unglücksfällen und bei solchen öffentlichen Notständen, die durch Naturereignisse, Explosionen oder ähnliche Vorkommnisse verursacht werden.³⁾

Fragt man, ob auch Feuerwehrleute bei einer Gefahrlage für fremdes Leben zu einer Rettung selbst bei Eigengefahr verpflichtet sein sollen, so kann diese Frage wegen der nur funktionell verschiedenen Aufgaben der Gefahrenabwehr durch die Polizei einerseits und

1) vergl. Drews-Wacke, S. 254

2) In dem in manchen Ländern der Bundesrepublik Deutschland heute noch geltenden Gesetz über das Feuerlöschwesen vom 23.11.1938 (RGBl. I, S. 1662) werden die Feuerwehren ausdrücklich als Polizeitruppen (Hilfspolizei) bezeichnet.

3) vergl. § 1 des Gesetzes über den Feuerschutz von Nordrhein-Westfalen vom 25.3.1958 (GVBl., S.101)

die Feuerwehr andererseits nur ebenso wie für die Polizeibeamten beantwortet werden. Der Beruf des Feuerwehrmanns muß je nach Notwendigkeit des Einsatzes die Pflicht beinhalten, sogar bei größter Eigengefährdung fremdes Leben zu schützen oder zu retten.¹⁾ So kann z.B. bei einem ernsthaften Feueralarm gefährliches Springen und Klettern angeordnet werden, wie es bei einer Probe eines Feueralarms nicht befohlen werden darf.²⁾

ee) Das Mitglied einer privaten Schutzeinrichtung

Die Freiwilligen Feuerwehren sind nicht die einzigen Einrichtungen mit der Aufgabe, polizeiwidrige Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auf bestimmten Gebieten aus eigenem Antrieb zu bekämpfen. Das Deutsche Rote Kreuz leistet ebenso wie der Arbeiter-Samariter-Bund Hilfe bei Katastrophen und sonstigen Notständen sowie im gesamten Rettungswesen. Vergleichbare Aufgaben erfüllen auf ihrem Gebiet die Bergwacht, die Wasserwacht, die Deutsche Lebensrettungsgesellschaft und die Deutsche Gesellschaft zur Rettung Schiffbrüchiger. Obwohl es sich nicht um eine private Schutzeinrichtung handelt, soll hier wegen des engen Sachzusammenhangs auch der Technische Hilfsdienst erwähnt werden.

- 1) vergl. grundsätzlich: Binding, Handbuch, S.782; Köhler, S.38; Broglio, S.52; Mayer, M.E., S.302 Anm.6 auf S.303; Gerland, S.156; Baumann, Lehrbuch, S.415; Sauer, S.127; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S.162; Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S.195 Anm.2c; Mezger-Blei, Studienbuch, S.197; Arndt, Herbert, S.95; Figge, Sp. 180; Kaufmann, S.153; Olshausen, Komm. 12. Aufl., § 54 Anm.4; Schwarz-Dreher, §54, Anm. 5; Schönke-Schröder, §54, Rdn.3; LK, Jagusch, §54, Anm.2d, S.417; RG St 72, 246 ff, 249; OLG Tübingen, NJW 1948, S.701; BGH NJW 1964, S.731
- 2) vergl. BDH NJW 1958, S. 1464

Er besteht als eine nicht rechtsfähige Bundesanstalt mit freiwilliger Mitgliedschaft zur Beseitigung öffentlicher Notstände in lebenswichtigen Betrieben und zur Hilfeleistung in Katastrophenfällen sowie beim Luftschutz. Schließlich ist noch - in der nicht erschöpfenden Übersicht - der besondere Luftschutzhilfsdienst zu erwähnen.¹⁾

Sollen Mitglieder auch dieser Einrichtungen zur Erfüllung ihrer freiwillig übernommenen Aufgaben selbst bei einer Notstandsgefahr verpflichtet sein?

Die Beantwortung der Frage kann wie bei den Feuerwehrleuten nicht davon abhängen, ob diese Personen ehrenamtlich oder zwar freiwillig, aber doch hauptberuflich die Pflicht zur Bekämpfung von Gefahren übernommen haben. Entscheidend ist allein die Übernahme einer bestimmten Gefahrenabwehr durch diese Personen. Dadurch wird die Polizei wesentlich entlastet. Sie wird dort ergänzt, wo - wie bei Bergnot, Wassernot und bei Katastrophen - besonders ausgebildete Kräfte eingesetzt werden müssen. Die Allgemeinheit muß daher mit tatkräftiger Hilfe durch die Mitglieder der freiwilligen Hilfsorganisationen rechnen können. Das gleiche gilt für die Polizei vor allem auch aus organisatorischen Gründen. Entsprechend hat die freiwillig übernommene Aufgabe der Gefahrenabwehr für die Mitglieder einer der genannten Schutzeinrichtungen eine Verpflichtung zu bedeuten. Diese Personen müssen wegen ihrer polizeiähnlichen Stellung ihre Aufgaben selbst dann erfüllen, wenn die Möglichkeit des eigenen Lebensopfers nicht ausgeschlossen ist. Damit gehören auch sie zum Kreis der Träger vor

1) Näheres zu diesen Einrichtungen: Drews-Wacke, S. 490 ff

Notstandspflichten.¹⁾

- b) Schutzpflichten als Nebenaufgabe einer Tätigkeit
- aa) Schutzpflichten des Seemanns, Luftfahrers und vergleichbarer Personen

In den bisherigen Fällen wurden Notstandspflichten als Ausfluß ausdrücklicher dienstlicher, beruflicher oder ehrenamtlich übernommener Schutzpflichten behandelt. Nun soll untersucht werden, ob auch solche Tätigkeiten, die nicht in erster Linie dem Schutz vor Gefahren dienen, Pflichten zum Bestehen einer Notstandslage begründen können.

Aufgaben mit hoher Verantwortung bringen der Schifffahrts- und Flugbetrieb mit sich. Ungünstiges Wetter sowie technische Mängel können zu großen Gefahrlagen führen. Während bei Unglücksfällen auf dem Lande in der Regel Hilfe von außen erbracht werden kann, sind Schiffs- und Flugzeugbesatzung oft nur auf sich gestellt. Die Passagiere müssen sich einer besonders fachkundigen Führung anvertrauen und die Gewißheit hinreichenden Schutzes haben können. Deshalb sind an die Besatzungsmitglieder in Fällen großer Not höchste Anforderungen zum Schutz und zur Rettung der Bordgäste zu stellen.

Für die Erhaltung von Ordnung und Sicherheit an Bord sowie für den vorrangigen Schutz der Passagiere sind in erster Linie der Schiffs- oder Flugkapitän oder der jeweilige Rangnächste als Vorgesetzte aller Besatzungsmitglieder und sonstiger an Bord tätigen Personen

1) Für den technischen Notdienst: Baumann, Lehrbuch, S. 415; für die Bergwacht: Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S. 195, Anm.2c; für Berg- und Seenotdienst: Petters, Preisendanz § 54, Anm.4d; für Berg- und Wasserrettungsdienste: Maurach, AT, § 34 I & 6

verantwortlich. Aus diesem Grunde haben sie besondere Befugnisse, die über das allgemeine arbeitsrechtliche Weisungsrecht hinausgehen.¹⁾ Entsprechend muß die Dienstleistungspflicht der Besatzungsmitglieder erweitert sein. Eine solche Regelung sah für das Schiffswesen schon die Seemannsordnung aus dem Jahre 1902 vor. Nach den §§ 34, 41 dieser Verordnung war der Schiffsmann in jeder Lage, an Bord des Schiffes und in dessen Booten, zum Gehorsam verpflichtet. Er mußte bei Schiffbruch gemäß den Anordnungen des Kapitäns nach besten Kräften für Rettung der Personen sorgen. Eine ähnliche Regelung enthält das Seemannsgesetz von 1957, das die Seemannsordnung abgelöst hat. Nach § 29 Abs. 2 bis 4 See G haben die Besatzungsmitglieder jede Anordnung des Kapitäns oder in dringenden Fällen eines anderen Vorgesetzten zu befolgen, die der Abwendung drohender Gefahr für Menschen ihres oder eines anderen Schiffes dienen soll. Sie sind verpflichtet, bei Schiffbruch nach besten Kräften Menschen zu retten und Hilfe zu leisten. Diese Vorschrift ist Ausfluß der allgemeinen Treuepflicht des Besatzungsmitglieds. Sie betrifft jedoch nur die arbeitsrechtliche Dienstleistungspflicht. Die öffentlich rechtliche Seite der Dienstverpflichtung ergibt sich im Rahmen der Ordnung an Bord (§ 106 See G) als Gehorsamspflicht gegenüber allen Anordnungen von Vorgesetzten aus § 109 See G.²⁾ Durch diese Regelungen werden die Pflichten deutlich, die die Besatzung eines Schiffes

-
- 1) vergl. für den Schiffskapitän: Begründung zum Seemannsgesetz, Verh., 2. DBT, Bd. 46, Drucks. 2962, S. 70; § 106, Abs. 2 und 3 See G; für den Flugkapitän: Weimar, S. 111
 - 2) vergl. Schaps-Abraham, Bd. III, § 29 See G, Anm. 1, S. 103; ferner: vor § 109 See G, Anm. 1, S. 190

zur Rettung von Menschen zu erfüllen hat. Die Rettungspflicht äußert sich zunächst in der Befolgung der Befehle des Kapitäns, dessen Vertreters und der Schiffsoffiziere. Allerdings ist weder in der Seemannsordnung noch im Seemannsgesetz diesem mit Befehlsgewalt ausgestatteten Personenkreis vorzugsweise Rettung der Passagiere, sei es durch eigenen Einsatz oder durch entsprechende Befehlsausgabe, vorgeschrieben.

Oetker vertritt unter Bezugnahme auf Vorschriften der Seemannsordnung hierzu folgende Auffassung:

Der Kapitän ist zwar zur vorzugsweisen Rettung der Passagiere verpflichtet. Eine Verletzung dieser Pflicht kann ihn aber nur disziplinarisch verantwortlich machen. Es läßt sich nämlich " eine bei Meidung strafrechtlicher Verantwortlichkeit (wegen Tötung usw.) zu erfüllende selbständige Rechtspflicht des Kapitäns und der Schiffsmänner, in Notlagen das eigene Leben dem der Passagiere nachzusetzen, mangels gesetzlicher Grundlage nicht aufstellen."¹⁾ Falls sich aber Schiffsmänner entgegen dem Befehl des Kapitäns selbst gerettet und dadurch den Tod von Menschen verschuldet haben, sind sie für diesen Ausgang strafrechtlich verantwortlich. Nur die Pflicht zum Gehorsam beinhaltet für die Schiffsleute zugleich die Pflicht zum Bestehen eines Notstands.²⁾

Diese Ansicht Oetkers ist zu eng. Die Gehorsamspflicht der Besatzungsmitglieder geht allerdings nach alter und neuer gesetzlicher Regelung (§§ 34, 41 See O, §§ 29 Abs. 2 bis 4, 109 See G) soweit, daß sie die Pflicht zur

1) Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S. 370, Anm. 2; ebenso Binding, Handbuch, S. 782; allerdings geht Binding von einer Lücke im Gesetz aus und findet diese Regelung bedenklich.

2) Oetker, ebenda, S. 371, Anm. 1

Bereitschaft zum Lebensopfer einschließen muß. Aber auch unabhängig von der Gehorsamspflicht müssen Gefahrtragungspflichten gefordert werden. Das gilt besonders für den Kapitän und die verantwortlichen Schiffsoffiziere. Sie müssen Vorbild für die seemannische Pflicht sein, die ihnen anvertrauten Menschen nach besten Kräften vor Gefahren zu schützen und aus ihnen zu retten. So wäre es unverständlich, müßten die Besatzungsmitglieder bei einem entsprechenden Befehl ihr Leben gegenüber dem der Passagiere zurücksetzen, während sich die Schiffsleitung retten dürfte. Vielmehr haben die Vorgesetzten an ihre eigene Rettung erst an allerletzter Stelle zu denken. Nach deutschem Recht gilt der Grundsatz, daß ein Kapitän nicht eher sein Schiff verlassen darf, bevor nicht der letzte Mann von Bord gegangen ist.¹⁾ Der Schutz der Passagiere verlangt gerade von den mit Befehlsgewalt ausgestatteten Personen, die zur Rettung der Bordgäste notwendigen Befehle zu erteilen und ihre Befolgung selbst bis zum Äußersten zu überwachen und durchzusetzen. So darf kraft ausdrücklicher Regelung bei Seegefahr, insbesondere bei drohendem Schiffsbruch, ein Besatzungsmitglied das Schiff ohne Einwilligung des Kapitäns nicht verlassen, solange dieser selbst an Bord bleibt (§ 28 Abs.2 See G).

Damit ergibt sich eine Gefahrtragungspflicht als Notstandspflicht für den Kapitän aus seiner Sorge für Sicherheit und Ordnung an Bord (§ 106 See G) und für die Besatzungsmitglieder aus ihrer Gehorsamspflicht (§ 29 Abs.2 bis 4 See G, § 109 See G).

1) Meyer, Alex, S. 59 I; Schaps-Abraham, Bd.II, § 517 HGB, Anm.2, S. 176; Bd.III, § 28 See G, Anm.4, S. 102

Über die erwähnten Fälle hinaus muß eine Notstandslage eingegangen oder bestanden werden, wenn es die seemännische Pflicht verlangt.¹⁾ Das Treueverhältnis des Kapitäns zu seiner Mannschaft, der Mannschaft untereinander und das Vertrauensverhältnis zu den Passagieren kann den Männern bei erforderlicher Hilfeleistung in keinem Fall allein eine moralische oder disziplinarisch geschützte Pflicht, sondern allein eine wegen des eingetretenen Erfolges zu ahndende Pflicht zum Einsatz auch des eigenen Lebens auferlegen. Wegen dieses Vertrauensverhältnisses darf ein Schiffsmann einen Passagier auch dann nicht aus einem Rettungsboot drängen oder eine gebotene Hilfeleistung unterlassen, wenn der Kapitän oder sein Stellvertreter pflichtwidrig keine Anordnungen zur vorzugsweisen Rettung der Bordgäste getroffen hat oder sie zu treffen außerstande ist.

1) Im besonderen Maße stellen auch auf die moralische Verpflichtung die Urteilsgründe des im Jahre 1884 in England verhandelten Mignonette-Falls ab, in dem überlebende Besatzungsmitglieder eines Schiffsunglücks zur eigenen Ernährung den Schiffsjungen getötet hatten. Dabei ist zu beachten, daß das angelsächsische Recht grundsätzlich nicht zuläßt, sich aus einer Notstandslage durch Tötung anderer Personen zu retten. Vergl. auch die Wiedergabe des Mignonette-Falls durch Simonson, S. 367; ferner durch Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S. 191, Anm. 2, sowie S. 197, Anm. 18; grundsätzlich wie hier: von Ferneck, Bd. II, S. 46; Böhm, S. 52; Köhler, S. 38; Mayer, M. E., S. 302, Anm. 6 auf S. 303; Baumgarten, Notstand und Notwehr, S. 50, 51; Liszt-Schmidt, S. 293; Henkel, Der Notstand, S. 132; Siegert, S. 55; Gerland, S. 156; Frank, Komm., § 54 IV; Sauer, S. 127; Mayer, Hellmuth, a. a. O., S. 195, Anm. 2b; Arndt, Herbert, S. 95; Maurach, AT, § 34 I A 6; Mezger-Blei, Studienbuch, S. 197; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 162; Kaufmann, S. 153; Olshausen, Komm., 12. Aufl., § 54, Anm. 4; LK, Jagusch, § 54, Anm. 2d, S. 416, 417; Schönke-Schröder, § 54, Rdn. 3; Schwarz-Dreher, § 54, Anm. 5; RG St 72, 246ff, 249; BGH NJW 1964, S. 731

Weimar hat ausgehend von den Gefahrtragungspflichten der Schiffsleute sich ausführlich mit der Frage beschäftigt, ob sich der Luftfahrer im Notstand auf § 54 StGB berufen darf. Er führt zu diesem Problem aus:

An Bord eines Flugzeugs sind grundsätzlich die gleichen Verhältnisse wie auf einem Schiff anzutreffen. Da der Verantwortungsbereich der Luftfahrer ähnlich dem der Seemänner ist, muß die Flugzeugbesatzung ebenso wie die Schiffsbesatzung behandelt werden. Deshalb ist auch der Luftfahrer zur Übernahme von Leibes- und Lebensgefahr rechtlich und unter Ausschluß der Berufung auf § 54 StGB verpflichtet. Er ist bei Gefahr nicht befugt, die Fluggäste sich selbst zu überlassen, um sich vielleicht als erster durch Fallschirmabsprung aus der brennenden Maschine zu retten.¹⁾

Diese Darlegungen Weimars verdienen Zustimmung. Der Luftfahrer muß wegen der besonderen Verhältnisse an Bord eines Flugzeugs die Berufspflicht haben, innerhalb seines Verantwortungsbereichs zur Rettung der ihm anvertrauten Personen Notstandslagen zu bestehen. Fraglich ist nur, wie weit diese Sphäre des Verantwortungsbereichs gehen soll.

Weimar berichtet folgenden Unglücksfall:
Am 5.9.1954 stürzte in den Shannon Fluß ein Flugzeug ab mit 56 Personen an Bord. Die meisten von ihnen waren von den Benzindüsen in dem nur leicht beschädigten Rumpf betäubt und ertranken, als die Flut das Flugzeug langsam unter Wasser setzte. Eine Stewardess bemühte sich, den Passagieren den Weg ins Freie zu weisen und Bewußtlose zu retten, bis das Wasser sie selbst im Flugzeugrumpf einschloß und sie in Erfüllung ihrer

1) vergl. zum Vorstehenden: Weimar, S. 110 ff; ebenso Meyer, Alex, S. 60

Pflicht ertrank.¹⁾

Muß die Erfüllung der Pflicht, von der Weimar spricht, als von der Rechtsordnung gefordert angesehen werden?

Ein weiterer Fall soll die Beantwortung der Frage erleichtern.

Auf eine einsame Insel sind der Kapitän eines Schiffes, seine Besatzung und die Passagiere verschlagen. Sollen hier bei Eintritt einer Notstandslage für die Schiffsleute die gleichen Gefahrtragungspflichten wie an Bord des Schiffes oder eines Rettungsbootes gefordert werden?

Grund der Gefahrtragungspflichten für die Seeleute sind die besonderen Verhältnisse auf einem Schiff, mit denen sie vertraut sind und auf deren Bewältigung die Bordgäste sich verlassen müssen. Auf dem Lande treffen diese Überlegungen nicht mehr zu. Der bloße Zusammenhang mit einem Schiffsunglück vermag die Pflichten zur See nicht auch auf dem Lande zu rechtfertigen. Hier sind die Umstände einer Notstandslage für alle die gleichen. Es kann z.B. für den Kapitän keine Rechtspflicht mehr gefordert werden, sich als letzter retten zu lassen.²⁾ Mit Erreichen des Landes müssen die Berufspflichten der Seeleute insoweit aufhören, als sie Notstandspflichten begründen können.

Beurteilt man das Verhalten der Stewardess nach diesen Grundsätzen, so zeigt sich hier ein Grenzfall. Man könnte einmal die entscheidende Wertung auf die Tatsache des Absturzes

1) Weimar. S. 113

2) vergl. Meyer, Alex, S. 60. Mit Recht weist Meyer darauf hin, daß für den Kommandanten eines Kriegsschiffes entgegengesetzt entschieden werden müßte, weil die Verantwortung für die Truppe nach Militärrecht auch auf dem Lande nicht erlischt.

legen und mit der Landberührung ähnlich wie bei der Schiffsbesatzung alle Notstandspflichten enden lassen. Man könnte auch darauf abstellen, daß ein derartiger Unglücksfall noch solange im Verantwortungs- und Pflichtenbereich einer Flugzeugbesatzung liegt, als sich Menschen in dem Flugzeug befinden. Letztere Ansicht kann allein richtig sein. Mitglieder einer Flugzeugbesatzung kennen aufgrund ihrer Ausbildung die Gefahren und Rettungsmöglichkeiten nach einem Absturz besser als andere Personen. Sie wissen vor allem, auf welchem Wege das Flugzeug am schnellsten verlassen werden kann. Deshalb muß eine Flugzeugbesatzung verpflichtet sein, unter Eigengefahr solange wie nur irgend möglich Menschen aus dem verunglückten Flugzeug zu retten. Somit hat die Stewardess durch ihre aufopfernde Rettungstat in vorbildlicher Weise einer nach der Rechtsordnung zu fordernden Pflicht genügt.

Der für den Seemann und den Luftfahrer abgesteckte Pflichtenkreis zum Bestehen einer Notstandslage findet viele Parallelen. Sie sind zunächst bei allen mit der Personenbeförderung befaßten Leuten anzutreffen. Auch von diesen muß bei besonderer Betriebsgefahr eines Verkehrsmittels, die sich aus Art und Umfang einer Beförderung ergeben kann, ein hohes Maß an Verantwortung und persönlichem Einsatz bei Gefahrlagen verlangt werden. Gerechtfertigt ist diese Forderung, weil diese Personen mit den im Zusammenhang mit den Verkehrsmitteln auftretenden Gefahren und deren Bekämpfung besonders vertraut sind. Gefahrtragungspflichten als Notstandspflichten müssen z.B. bei bestimmten Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Eisenbahnbetrieb gefordert werden. So hat ein Lokomotivführer kraft Berufs die besondere Pflicht, alles nur Mögliche

zu versuchen, um den Zusammenstoß zweier Züge zu verhindern. Er muß auf seinem Stand ausharren und darf aus Furcht vor persönlicher Gefahr nicht seine eigene Rettung betreiben, selbst wenn nur die Aussicht auf eine Abschwächung des Aufpralls besteht. ¹⁾ Ferner müssen Schrankenwärter oder Weichensteller bei Versagen der von ihnen betreuten technischen Einrichtungen verpflichtet sein, unter eigener Lebensgefahr die Fahrleitung eines herannahenden Zuges vor der drohenden Katastrophe zu warnen. Wegen der Ähnlichkeit der Verhältnisse sind gleiche Pflichten dem Personal von Zahnrad- oder Drahtseilbahnen aufzuerlegen.

Eine erschöpfende Aufzählung aller in diesen Zusammenhang gehörenden Fälle, bei denen Notstandspflichten gefordert werden müssen, ist nicht möglich. Die moderne Technik erweist sich oft als ein Danaergeschenk. Sie erschließt zwar dem Menschen neue Lebensbereiche oder verbessert bestehende Einrichtungen. Je komplizierter aber ein Gebilde ist, desto anfälliger ist es auch gegenüber Störungen. Menschliches oder technisches Versagen kann zu großen Unglücksfällen führen. Die Allgemeinheit muß der fachkundigen und verantwortlichen Durchführung der für sie allgemein zugänglichen und zu ihrer Benutzung bestimmten Veranstaltungen vertrauen können. Entsprechend sind die mit deren Durchführung betrauten Personen für verpflichtet zu erklären, bei Gefahren, die von oder durch den von ihnen betreuten Betrieb ausgehen, selbst bei eigener Lebensgefahr für den Schutz anderer Menschen einzustehen.

Schließlich gehört in diesen Zusammenhang noch der Beruf des Bergführers.

1) vergl. Binding, Handbuch, S. 782; Herzbruch, S. 31

Der Entschluß, sich einem mit der Bergwelt vertrauten Bergführer anzuschließen, entspringt in der Regel der Sorge vor den mit einer Bergbesteigung verbundenen und für viele unbekannten Gefahren. So entsteht gerade im Hinblick auf Gefahrlagen ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Bergsteiger und Bergführer. Dieser muß den unter seiner Obhut stehenden Personen ohne Rücksicht auf eigene Gefahr jede mögliche Hilfe leisten. Selbst bei einer abgestürzten Seilschaft darf sich der Bergführer wegen des grundsätzlichen Vertrauensverhältnisses nicht durch Zerschneiden des Seils retten, sofern nicht die andere verunglückte Person sowieso verloren ist. Es muß von einem Bergführer gefordert werden, eine Notstandslage zu bestehen.¹⁾

bb) Schutzpflichten der in der Rechtspflege tätigen Personen und anderer Beamten

Vielfach wird behauptet, auch Organe der Rechtspflege sowie der Vollstreckung müssen kraft ihres Berufes und ihrer Stellung im öffentlichen Leben die Pflicht haben, ihre Aufgaben selbst bei großer Leibes- oder Lebensgefahr zu erfüllen.²⁾

Ablehnend steht Baumgarten der Forderung einer Notstandspflicht beim Richter gegenüber. Nach seiner Ansicht hat ein Richter, als er sich "zur Hochachtung des Rechts" verpflichtet,

-
- 1) vergl. Broglio, S. 52; Mayer, M.E., S. 302, Anm. 6 auf S. 303; Henkel, Zumutbarkeit, S. 294; Gerland, S. 156; Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S. 195 Anm. 2c; Maurach, AT, § 34 I A6; LK, Jagusch, § 54, Anm. 2d, S. 417
 - 2) Binding, Handbuch, S. 782; Oetker, Notwehr und Notstand, Festgabe, S. 369; Broglio, S. 51; Siegert, S. 55; Henkel, a.a.O., S. 293, 294; Maurach, Kritik, S. 112, Anm. 475; Sauer, S. 127; LK, Jagusch, a.a.O.; Maurach, AT, § 34, I A6; Schwarz-Dreher, § 54, Anm. 5

an alles andere als an die Versuchung gedacht, unter Umständen zwischen Rechtsbeugung und Tod wählen zu müssen. Daher ist nach Baumgarten eine Treue bis in den Tod gegenüber dem Richter eine ungerechtfertigte Forderung.¹⁾

Bei dem gleichen Problem geht Radbruch nicht von der Sicht des Richters, sondern von dessen Ethos aus. Dieses soll auf Gerechtigkeit um jeden Preis, auch den des Lebens gerichtet sein. Er zieht aber hieraus keine rechtlichen Folgerungen. Vielmehr billigt Radbruch den Richtern, die " durch die Auffassung national-sozialistischen Rechts als gesetzlichen Unrechts " Lebensgefahr über sich herabbeschworen hätten, die Berufung auf § 54 StGB als einen " freilich peinlichen Rechtsbehelf " zu.²⁾

Eingehend hat Figge geprüft, ob sich ein Richter, der für sein nach national-sozialistischen Gesetzen erlassenes Urteil wegen Mord oder Körperverletzung zur Rechenschaft gezogen werden soll, für die damalige Zeit der Gewalt- und Willkürherrschaft auf entschuldigenden Notstand berufen darf. Seine Ausführungen gipfeln in der rethorischen Frage: "Wenn schon ein Soldat, ein Seemann, ein Feuerwehrmann oder ein Polizeibeamter um viel belangloserer Dinge willen sein Leben einsetzen muß, hat da nicht ein Richter, der doch die Säule des Staates sein soll, der das Höchste im Staate, das Recht, ... verwalten soll, noch viel mehr eine solche Pflicht, wenn die Gerechtigkeit auf dem Spiel steht ?"³⁾

Mit dieser Äußerung Figges sind die wichtigsten Auffassungen wiedergegeben, die bei dem Problem der Notstandspflicht eines Richters vertreten werden können. Gegenüber der Ansicht

1) Baumgarten, Notstand und Notwehr, S. 51

2) Radbruch, Gesetzliches Unrecht, S. 108

3) Figge, Sp. 180

Baumgartens ist einzuwenden:

Die Forderung nach Gefahrtragungspflichten kann in keinem Fall davon abhängen, ob jemand bei Übernahme einer Tätigkeit mit der Möglichkeit berufsbedingter Notstandslagen gerechnet hat. Jedem Beruf kommt eine bestimmte soziale Bedeutung zu. Allein nach ihr richtet sich, ob die Berufspflicht auch gegenüber einer Gefahr für Leib oder Leben zu erfüllen ist.

Insofern ist eher von Radbruch auszugehen, der an den Richter als Hüter der Gerechtigkeit zumindest die ethische Forderung nach unbedingter Aufgabenerfüllung stellt. Das Interesse des Staates an einer pflichtgemäßen Ausübung des Richteramtes hat auch durch die Strafvorschrift bei Rechtsbeugung (§ 336 StGB) rechtserheblichen Ausdruck erlangt. Von einer Notstandspflicht ist in dieser Bestimmung allerdings nicht die Rede. Der § 336 StGB ist vielmehr ein Sonderdelikt, nach dem nicht gemäß der durch die Rechtsbeugung begangenen Tat, sondern allein wegen der Rechtsbeugung bestraft wird. Das hier sichtbar werdende strenge Verlangen nach Erfüllung richterlicher Treuepflicht gegenüber dem Staate und dem rechtsunterworfenen Bürger muß die Wertung der richterlichen Berufspflicht in einer Notstandslage entscheidend beeinflussen. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob § 336 StGB nur für den Berufsrichter gilt ¹⁾, oder darüber hinaus auch für den Laienrichter. ²⁾ Wer als Laienrichter neben Berufsrichtern mit einer Rechtssache befaßt ist, hat in gleicher Weise wie diese nur nach dem Recht und dem Gesetz im Sinne einer gerechten und ausglei-

1) so die h.M.; vergl. Schönke-Schröder, § 336, Rdn. 9; BGH St 5, 100 ff, 104; 10, 294 ff, 296

2) so Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 494; von Hippel, Lehrbuch, S. 316, Anm. 2

chenden Ordnung zu entscheiden. Diese Forderung ist für den Bestand eines gesunden Gemeinwesens so vorrangig, daß ihr gegenüber alle persönlichen Interessen der mit der Wahrung des Rechts betrauten Richter zurücktreten müssen.

Nicht nur die Richter, auch die Beamten der Vollstreckungsbehörde, sei es als Anklagevertreter oder als Leiter der Vollstreckung, haben eine Rechtsgarantiefunktion. Sie alle dienen der gleichen Aufgabe, der Verwirklichung und Wahrung des Rechts. Deren Erfüllung kann nicht allein ethischen, sondern darüber hinaus nur rechtlichen Sollenssätzen anvertraut werden. Das bedeutet, die Forderung nach Notstandspflichten zu erheben. Berufs- und Laienrichter, die in einer Notstandslage unter Beugung des Rechts Todesurteile gefällt, Beamte der Strafvollstreckung, die unter gleichen Voraussetzungen als Sitzungsvertreter die entsprechende Todesstrafe beantragt oder ihre Vollstreckung geleitet haben, muß vom rechtspolitischen Standpunkt aus der Vorwurf des versuchten oder vollendeten Totschlags oder der Beihilfe dazu treffen.¹⁾

Wenn Figge die Forderung nach Notstandspflichten für die mit der Rechtspflege betrauten Personen unter Hinweis auf anerkannte Notstandspflichten von Soldaten und Polizisten herleitet, so ist diese Beweisführung unzutreffend. Die Ansicht ist nicht richtig, diese Personen müßten schon um viel belangloserer Dinge als um der Gerechtigkeit willen ihr Leben einsetzen. Notstandspflichten können immer nur dann auftreten, wenn zur Rettung aus einer Gefahr für Leib oder Leben nur eine Verletzung von gleich- oder höherwertigen Rechts-

1) vergl. zu dem Problem der Rechtsbeugung in totalitären Regimen: Schlösser, S. 943, ff; Kaiser, S. 1328 ff

gütern möglich ist. Darin stimmen alle Fälle überein. Sie unterscheiden sich allein durch die Art der Begründung der Garantenstellung. Die Notstandspflicht ist in den vorliegenden Fällen die Folge der mit der Berufsausübung gegenüber der Gemeinschaft übernommenen unbedingten Pflicht, die Mittel des Rechts nur zur tatgerechten Vergeltung und keinesfalls zur willkürlichen Vernichtung der Rechtsunterworfenen einzusetzen.

Über diesen Personenkreis hinaus sollen " überhaupt Beamte " zum Bestehen einer Notstandslage verpflichtet sein.¹⁾ Oft angeführtes Beispiel ist der diplomatische Vertreter, der Staatsgeheimnisse nicht verraten dürfe, um dem Tode zu entgehen.²⁾ Dagegen verlangt nach Baumgarten die Sicherheit des Staates nicht, " Todesfurcht nicht als Entschuldigungsgrund für Hoch- oder Landesverrat anzusehen." ³⁾

Die Auffassung Baumgartens ist bedenklich. Der Landesverrat richtet sich gegen die äußere Machtstellung eines Staates im Verhältnis zu anderen Staaten.⁴⁾ Wer als Geheimnisträger Tatsachen kennt, deren Verrat diese Machtstellung gefährden kann, hat in bezug auf das Wohl des Staates und die durch ihn mittelbar geschützten Rechtsgüter der Gemeinschaft und des Einzelnen eine Garantenstellung. Es muß die Pflicht zur Geheimhaltung bestehen. Dabei kann es sich wegen der Bedeutung dieser Garantenstellung, die gegenüber obersten Werten der

1) so Sauer, S. 127; ferner: Broglio, S. 51, 52; Henkel, Zumutbarkeit, S. 293, 294; Siegert, S. 55

2) vergl. grundsätzlich: Oetker, Notwehr und Notstand, Festgabe, S. 369; Broglio, S. 51; von Weber, Das Notstandsproblem, S. 75; Maurach, Kritik, S. 112, Anm. 475; AT, § 34 I A 6; LK, Jagusch, § 54, Anm. 2d, S. 417

3) Baumgarten, Notstand und Notwehr, S. 51

4) Schönke-Schröder, vor § 99, Rdn. 1

Rechtsgüterordnung besteht,¹⁾ nur um eine unbedingt zu erfüllende Pflicht handeln. Das bedeutet, daß entgegen der Ansicht Baumgartens Furcht vor persönlicher Gefahr als Entschuldigungsgrund für einen Geheimnisverrat nicht anzuerkennen ist. Von jeder Person, die infolge ihres Berufs Geheimnisträger ist, muß bei Gefährdung des Geheimnisses eine Notstandspflicht gefordert werden.

In diesen Zusammenhang gehört ein Fall, den das Oberlandesgericht Tübingen zu entscheiden hatte. Danach hatte ein Landrat auf Befehl der Geheimen Staatspolizei (Gestapo) an dem Abtransport von jüdischen Personen nach dem Osten teilgenommen. Das Oberlandesgericht hat dem Angeklagten keine Notstandspflicht zum Widersetzen gegen den Befehl auferlegt, weil diesem als Landrat bei Ausübung seiner Verwaltungsaufgaben nicht ohne weiteres rechtlich geboten werden könnte, Leib oder Leben seiner selbst zurückzusetzen.²⁾

Da das Gericht bei der Prüfung der Notstandspflicht zu Recht von den Aufgaben eines Verwaltungsbeamten ausgegangen ist, soll zunächst der hier interessierende Pflichtenkreis eines Beamten festgestellt werden.

Der Verwaltungsbeamte ist rechtlicher Repräsentant des Staates, zu dem er in einem öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis steht.³⁾ Er hat seine ganze Arbeitskraft für das Allgemeinwohl zur Verfügung zu stellen. Vor allem muß er sich nach § 52 Abs.2 BBG " durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten."

1) vergl. Maurach, AT, § 27 II 5a; grundsätzlich wohl auch: Württenberger, Rechtsstaatsgedanke, S. 139

2) OLG Tübingen, NJW 1948, S. 700 ff

3) Bochalli, Einleitung, S. 1, 2

Dieser Pflichtenkreis kann eine Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage nur beinhalten, wenn sich aus ihm eine Garantenstellung zum Schutze der Bürger oder der Gemeinschaftsordnung ergibt. Der Verwaltungsbeamte muß zwar eine politische, auch aktive Treuepflicht zeigen. Diese Pflicht dient aber in erster Linie dem Ansehen seines Amtes.¹⁾ Ausdrückliche Schutzpflichten obliegen dem Verwaltungsbeamten nicht. Ferner wird durch die Ausübung hoheitlicher Gewalt generell keine Gefahr für Leib oder Leben des Bürgers und auch keine Gefährdung des Bestandes oder der Sicherheit des Staates hervorgerufen, so daß kein Vertrauenstatbestand vorliegt, dem eine Garantenstellung entsprechen müßte. Damit fehlen für den Verwaltungsbeamten unerläßliche Voraussetzungen für die Forderung zum Bestehen einer Notstandslage. Von dieser Ansicht ist auch zu Recht das Oberlandesgericht Tübingen ausgegangen; denn die grundsätzliche Stellung des Beamten hinsichtlich von Notstandspflichten ist nach national-sozialistischem Recht ebenso wie nach geltendem Recht zu beurteilen. Der Entscheidung des Gericht ist zuzustimmen. Gleichzeitig muß die Meinung abgelehnt werden, nach der "überhaupt Beamte" verpflichtet sein sollen, eine Notstandslage zu bestehen.²⁾ Für Verwaltungsbeamte können zumindest mangels einer besonderen Garantenstellung gegenüber dem Einzelnen oder der Gemeinschaft keine Notstandspflichten gefordert werden.³⁾

cc) Schutzpflichten der in der Krankenpflege tätigen Personen

Oetker hält es für eine außerordentlich schwierige Frage, ob eine generelle Pflicht

1) vergl. Bochalli, § 52, Anm. 2 sowie die dort angeführten Beispiele

2) vergl. die Literaturangaben auf S. 133, Anm. 1

3) grundsätzlich ebenso: Binding, Handbuch, S. 782

zur Fürsorge für fremde Interessen, wie sie z.B. bei der Kranken- und Irrenpflege besteht, eine Notstandspflicht begründen kann. Dabei kommt es seiner Meinung nach darauf an, " ob nach Inhalt und Sinn des Vertrages die Erhaltung fremder Rechtsgüter versprochen ist, eventuell selbst auf Kosten der eigenen, und ob für das Recht nach den Umständen des Vertrages, insbesondere nach dem Schutzbedürfnis des zu Behütenden, Anlaß vorliegt." ¹⁾

Die Beantwortung der vorliegenden Frage von dem besonderen Inhalt vertraglicher Vereinbarungen abhängig zu machen, kann nur bedingt richtig sein. Es handelt sich nicht um ein Problem der Auslegung eines besonderen Vertrages zur Hilfeleistung, sondern allein darum, ob bestimmte in der Krankenpflege tätige Personen kraft Berufes zur Erfüllung ihrer Pflichten auch in einer Notstandslage verpflichtet sind. Das wird allgemein angenommen. ²⁾

Oetker ist insofern recht zu geben, als schon irgendwelche rechtlichen Beziehungen zwischen einem Arzt oder einem Krankenpfleger einerseits und einem Kranken andererseits bestehen müssen. Vor allem hat der Arzt weder eine im öffentlichen Recht wurzelnde allgemeine Schutz Aufgabe gegenüber dem Einzelnen, noch ergibt sich eine derartige Garantienstellung ohne besondere rechtliche Beziehung unmittelbar aus seinem Beruf. Trifft er zufällig auf einen Unglücksfall, so ist er hinsichtlich seiner Hilfeleistungspflicht jeder anderen Person gleichzustellen. ³⁾

1) Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S. 372

2) vergl. Binding, Handbuch, S. 782; Köhler, S. 38; Mayer, M.E., S. 302, Anm. 6 auf S. 303; Goldschmidt, Der Notstand, S. 182; Henkel, Zumutbarkeit, S. 294; Gerland, S. 156; Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S. 195 Anm. 2c; Maurach, AT, § 34 I a 6; LK, Jagusch, § 54, Anm. 2d, S. 417; Schönte-Schröder, § 54 Rdn. 3; Kaufmann, S. 153; Petters-Preisendanz, § 54 Anm. 4d; BGH NJW 1964, S. 731

3) vergl. RG St 75, 68ff, 7273; BGH St 2, 296ff 299

Sind besondere Berufspflichten allenfalls dann zu fordern, wenn ein Arzt, eine Krankenschwester oder eine sonstige Hilfsperson eine Pflege übernommen haben, so können zwei Fallgestaltungen auftreten:

Eine Betreuung birgt von vornherein für die behandelnden oder pflegenden Personen eine Gefahr für Leib oder Leben in sich, oder sie schließt erst später eine solche Gefahr ein. So kann eine tödliche Ansteckungsgefahr schon bei Übernahme der Krankenpflege bestehen. Sie kann auch z.B. in einem Katastrophengebiet erst durch Ausbruch einer gefährlichen Seuche auftreten.

Würden in diesen Fällen der Arzt und das Pflegepersonal ihre Hilfe, ohne anderweitigen Ersatz gewährleistet zu sehen, einstellen dürfen so wären die Erkrankten ohne Schutz. Jeder Pflegebedürftige muß aber auf die Durchführung einer bereits begonnenen Behandlung oder Betreuung rechnen können. Außerdem erfordert das Allgemeinwohl gerade bei ansteckenden Krankheiten oder Seuchen schnelle Abhilfe.

Diese können gerade die schon mit einem Patienten sowie mit der Entwicklung einer Krankheit oder Epidemie vertrauten Personen bringen.

Ärzte, ärztliche Hilfskräfte und Pflegepersonal müssen sowohl im Interesse des Allgemeinwohls als auch im Interesse des einzelnen Hilfsbedürftigen verpflichtet sein, eine begonnene Hilfe selbst dann fortzusetzen, wenn sich erst im Verlaufe ihrer Tätigkeit eine eigene Gefährdung für Leib oder Leben ergibt.¹⁾

Diese Feststellung beinhaltet die Forderung, diese Personen bei Verletzung einer bestehenden Gefahrtragungspflicht wegen des durch ihre Unterlassung eingetretenen Erfolges zur Verantwortung zu ziehen.

1) so für den Arzt: Maurach, AT, § 27 II 5b
(Beispiel im Rahmen des Ausschlusses des
rechtfertigenden Notstands).

dd) Schutzpflichten von Personen mit
Aufsichtsaufgaben

Ausgangspunkt der nächsten Erörterungen soll ein Fall sein, mit dem sich das Reichsgericht in der schon erwähnten, vielbeachteten Entscheidung zu befassen hatte.¹⁾

Ein Wettermann hatte in einem Steinkohlenbergwerk die Gefahr schlagender Wetter erkannt. Aus Furcht vor persönlicher Gefahr verließ er seinen Posten, ohne seine Arbeitskameraden zu warnen. Mehrere von ihnen verloren ihr Leben.

Nach Ansicht des Reichsgerichts war der Angeklagte aus dem Wesen seiner Aufsichtsaufgaben verpflichtet, seine Arbeitskameraden unter Einsatz von Leib und Leben vor dem drohenden Schlagwetter zu warnen. Es sei ihm versagt gewesen, sich durch Berufung auf den § 54 StGB dieser Pflicht zu entziehen.²⁾

Auch die Literatur zählt den Wettermann zu dem Kreis der Träger von Notstandspflichten.³⁾

Ob gegenüber dem Wettermann die Forderung zum Bestehen einer Notstandslage erhoben werden muß, hängt von dem Inhalt seiner Aufgabenstellung ab. Diese besteht in der Kontrolle der Wetterverhältnisse in einer Grube, um bei Anzeichen einer Explosionsgefahr die vor Ort Arbeitenden warnen und zurückrufen zu können. Der Wettermann soll seinen Kameraden durch Beobachtung der Wetter gefahrloses Arbeiten gewährleisten. Er hat ihnen gegenüber bei Gefahren, die durch Schlagwetter ausgehen können, eine Garantenstellung. Deshalb muß er verpflichtet sein, die auf seine pflichtgemäße Ausübung des Kontroll- und Warndienstes ver-

1) vergl. auf S. 26

2) RG St 72, 246 ff, 249

3) vergl. Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S. 195, Anm. 2c; LK, Jagusch, § 54, Anm. 2d, S. 417; Schönke-Schröder, § 54, Rdn. 3; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 162

trauenden Arbeitskameraden bei drohendem Schlagwetter selbst unter Einsatz von Leib und Leben zurückzurufen. Rechtspolitisch ist der Entscheidung des Reichsgerichts und der ihr folgenden Literatur beizustimmen.

Die Pflicht zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands muß auch von den Personen gefordert werden, die z.B. bei Gleisarbeiten, Bauten von Staudämmen oder Tunnels darüber wachen sollen, daß ihren Kameraden bei gefährlicher Arbeit kein Schaden entsteht. Im übrigen muß jeweils sorgfältig geprüft werden, ob solche besonderen, mit Gefahrtragungspflichten verbundenen Aufsichtsaufgaben vorliegen. Das zeigt sich besonders an folgendem Fall:

Von dem Grubenunglück am 24.10.1963 in der Schachtanlage " Mathilde " in Lengede wird berichtet: Ein Vorarbeiter, der für eine abgelegene Baustelle Material beschafft hat, ist zwei Kilometer von seinen drei Arbeitskameraden entfernt von dem hereinbrechenden Wasser überrascht worden. Anstatt zum Ausgang zu eilen, durch den er aller Wahrscheinlichkeit nach an die Oberfläche hätte entfliehen können, ist er zur Warnung seiner Leute wieder hinunter in den Schacht geeilt. Dabei ertrank er in dem Wasser, das aus einem Klärteich hereinbrach.¹⁾

Auch hier soll wie beim Fall der Stewardess gefragt werden, ob das Verhalten einer rechtlichen Pflicht genügt hat.

Nach dem Bericht versah der Vorarbeiter für seine Kameraden keinen besonderen Warndienst. Er war nur ihr Vorgesetzter. Als solcher war er zwar auch dafür verantwortlich, daß die ihm unterstellten Personen, nicht ohne Sicherheitsvorkehrungen zum Schutze ihrer eigenen

1) Bericht der Rheinischen Post vom 29.10.1963

Person zu treffen, ihre Arbeit verrichteten. Darüber hinaus hatte er keine besondere Aufgabenstellung zur Gefahrenabwehr inne. Ihm gegenüber hätte die Forderung zum Eingehen einer Notstandslage nicht erhoben werden können.

Neben den erwähnten Aufsichtsberufen gibt es Tätigkeiten, deren Inhalt nicht die Beaufsichtigung berufsangehöriger, sondern berufsfremder Personen ist.

Hier ist zunächst der Bademeister zu nennen. Seine Aufgabe besteht in der Sorge für Sicherheit und Ordnung des Badebetriebes. Aus diesem Grunde meiden viele Personen unbeaufsichtigte Badestellen oder verbieten ihren Kindern, dorthin zu gehen. Droht einer der Badegäste zu ertrinken, so muß wegen dieser Garantenstellung von dem Bademeister Rettung des Ertrinkenden auch bei eigener Leibes- oder Lebensgefahr gefordert werden.¹⁾

Darüber hinaus werden das Kindermädchen²⁾, Geistliche und Lehrkräfte³⁾ als Träger von Notstandspflichten genannt.

Diese Personen haben gegenüber den ihnen anvertrauten Kindern im Vergleich zum Bademeister keine spezielle Schutzpflicht, sondern nur allgemeine Aufsichtspflichten bei grundsätzlich gefahrloser Tätigkeit. Es scheint zweifelhaft zu sein, von ihnen das Bestehen einer Notstandslage zu fordern. Folgende Fälle sollen das Problem erläutern.

Ein Lehrer unternimmt mit seiner Klasse einen Schulausflug auf einen Berg. Einer seiner Schüler weicht in einem unbeobachteten Augenblick von dem ungefährlichen Weg ab, nähert sich einer Schlucht und stürzt ab.

1) vergl. Arndt, Herbert, S. 95; LK, Jagusch, § 54, Anm. 2d, S. 417

2) Arndt, Herbert, ebenda

3) Sauer, S. 127

Muß der Lehrer einen lebensgefährlichen Abstieg wagen, um dem schwerverletzten Jungen Hilfe zu bringen ?

Ähnlich liegt auch folgender Fall:

Ein Kindermädchen geht mit einem Kind auf dem Bürgersteig einer verkehrsreichen Straße. Obwohl es den Jungen fest an der Hand hält, reißt dieser sich los und rennt blindlings auf die Fahrbahn.

Soll das Kindermädchen verpflichtet sein, dem Jungen nachzustürzen und ihn unter eigener Lebensgefahr vor dem herannahenden Kraftwagen wegzuziehen ?

Zur Lösung sollen diese beiden Fälle abgewandelt werden. Nicht ein Lehrer oder ein Kindermädchen, sondern ein Elternteil soll vor die Entscheidung des Eingreifens gestellt sein.

Die Eltern haben gegenüber ihren Kindern eine umfassende Personensorge (§ 1626 Abs.2 BGB), zu der auch eine allgemeine Aufsichtspflicht gehört. Aus dieser entspringt für die Eltern gegenüber ihrem Kinde bei Bestehen einer tatsächlichen Hausgemeinschaft die Rechtspflicht zur Abwehr drohender Leibes- oder Lebensgefahr, zu der das Kind selber nicht imstande ist. ¹⁾

Es würde jedem Rechtsempfinden widersprechen, dürfte ein Elternteil sein Kind zugrunde gehen lassen, ohne - über die Hilfeleistungspflicht nach § 330c StGB hinaus - für dessen Tod verantwortlich gemacht werden zu können. Soll die Rechtsordnung aber auch eine Rechtspflicht zur Gefahrenabwehr bei eigener Leibes- oder Lebensgefahr fordern ?

Die Rechtspflicht zur Gefahrabwendung beruht auf dem Eltern-Kind-Verhältnis als einer natürlichen Verbundenheit zwischen mehreren Personen. Darüber hinaus besteht in der Regel

1) BGH NJW 1964, S. 731, 732

kein besonderes Vertrauensverhältnis hinsichtlich einer Abwehr von Gefahren für Leib oder Leben auch bei Eigengefahr. Daher kann die Rechtspflicht zur Gefahrenabwehr keine Grundlage mehr finden, falls sie nur bei eigener Leibes- oder Lebensgefahr erfüllt werden könnte.¹⁾ Anders ist nur zu entscheiden, wenn ein Elternteil sein Kind zu einem besonders gefährlichen Unternehmen mitgenommen hat. Bei einem derartigen Verhalten muß im Interesse des Kindes von vornherein ein besonderer Schutz und von dem Elternteil eine besondere erhöhte Verantwortlichkeit gefordert werden. Wer sein Kind auf ein gefährliches Unternehmen mitnimmt, hat als verantwortlicher Veranlasser fremder Gefährdung mit Leib und Leben für einen glücklichen Ausgang einzustehen. Dieser Grundsatz kann nur solange gelten, als die elterliche Gewalt entscheidend für die Teilnahme des Kindes ist. Der erwachsene Sohn, der mit seinem Vater eine Segelbootfahrt unternimmt, ist als " Partner " nicht ohne weiteres besonders schutzwürdig.

Nach diesen Feststellungen können nun zuerst die beiden abgewandelten Ausgangsfälle gelöst werden.

Laut Sachverhalt haben die Eltern ihre Kinder weder außergewöhnlichen Gefahren ausgesetzt, noch ihre allgemeine Aufsichtspflicht verletzt. Sie sind nicht Veranlasser einer besonderen Gefährdung ihrer Kinder. Daher kann nicht gefordert werden, sie zur Rettung zum Eingehen der Notstandslage für verpflichtet zu erklären.

1) Der Bundesgerichtshof hat zu entscheiden gehabt, wie weit die Rechtspflicht zur Hilfe eines Sohnes gegenüber seinem in Todesgefahr befindlichen Vater zu ziehen ist. Er ist grundsätzlich von keiner unbedingten Hilfeleistungspflicht ausgegangen, sondern hat auf das Problem der Zumutbarkeit abgestellt: NJW 1964, S. 731 ff, 732

Betrachtet man die Einleitungsfälle, so muß das gleiche Ergebnis für die Aufsichtspersonen zutreffen, die nur an Stelle der Eltern die Aufsicht ausgeübt haben. Ihre Pflichten können bei gleichen Voraussetzungen nicht über die der natürlichen Aufsichtspersonen hinausgehen.

Die Auffassung, Lehrer, Kindermädchen sowie Geistliche müßten ohne weiteres kraft ihrer Aufsichtsaufgaben zugunsten der ihnen anvertrauten Kinder zum Bestehen einer Notstandslage verpflichtet sein, kann in dieser Allgemeinheit nicht geteilt werden. Ob dieser Grundsatz auch noch gilt, wenn sich diese Personen gegenüber den Eltern zu besonderer Hilfeleistung bei gefährlichen Unternehmungen bereit erklärt haben, soll innerhalb der folgenden Untersuchung geprüft werden.

2) Vertragliche Pflichten zur Gefahrtragung

Vertragliche Pflichten zur Gefahrtragung liegen vor, falls jemand einer anderen Person unbedingten Beistand für den Fall des Eintritts einer Notstandslage zusichert. Oetker erwähnt das Beispiel des guten Schwimmers, der den schlechten durch das Versprechen eventueller Hilfeleistung zu einer gemeinsamen Schwimmpartee beredet hat.¹⁾ Muß ein solches Versprechen auch dann eingelöst werden, wenn die Hilfeleistung nur unter Lebensgefahr erbracht werden kann?

Hier liegt seitens des guten Schwimmers ein Garantieverprechen vor, das der andere angenommen hat. Folge dieser vertraglichen Bindung durch den Versprechensgeber ist vor allem ein besonderes Vertrauensverhältnis, aufgrund dessen der Versprechensempfänger die

1) Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S.371

voraussehbare Gefahr bewußt eingegangen ist.¹⁾
Es muß bei Eintritt der Gefahr von dem Versprechungsgeber erwartet werden, die zugesagte Hilfeleistung zu erfüllen. Ist das Garantieverprechen wie im vorliegenden Fall unbedingt abgegeben worden, so hat das auch zu gelten, wenn die Hilfeleistung nur unter eigener Leibes- oder Lebensgefahr möglich ist. Der Rechtsschutz wäre unzureichend, würde die Verletzung der Hilfeleistungspflicht allein zivilrechtliche Schadensersatzfolgen nach sich ziehen. Deshalb muß entsprechend der zugesagten Hilfeleistung eine Notstandspflicht gefordert werden.²⁾

Eine besondere Hilfeleistung braucht nicht unbedingt dem Begünstigten gegenüber zugesichert werden. Wer zur Personensorge für jemanden verpflichtet ist, vereinbart häufig mit anderen Aufsichtspersonen Beistandspflichten. So erlauben Eltern die Teilnahme ihres Kindes an einer gefährlichen Bergwanderung oft nur, wenn der Lehrer, Leiter einer Jugendgruppe oder eine sonstige Aufsichtsperson besondere Schutzpflichten übernommen hat. Haben die Eltern ihr Kind nur unter dieser Bedingung aus ihrem Verantwortungsbereich gegeben, so müssen sie sich auf unbedingte, strafrechtlich geschützte Einhaltung dieser Vereinbarung selbst bei Lebensgefahr der Aufsichtsperson verlassen können.

-
- 1) Auf die besondere Bedeutung des Vertrauensverhältnisses bei vertraglicher Gefahrübernahme stellt auch Broglio ab. Allerdings will er die Grenzen der hieraus erwachsenden Notstandspflicht lieber eng als zu weit ziehen. Broglio, S. 52
 - 2) vergl. Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S. 371; ferner grundsätzlich für Notstandspflichten aufgrund speziellen Vertrages: Baumann, Lehrbuch, S. 415; Maurach, AT, §34, I A6

Gefahrtragungspflichten brauchen nicht immer ausdrücklich vereinbart zu werden. Konkludentes Versprechen zur Hilfeleistung muß genügen¹⁾. Dieses liegt noch nicht bei jedem gemeinschaftlichen Unternehmen vor. Es kann vielmehr nur angenommen werden, wenn eine Person einverständig und im Vertrauen auf gewisse Fähigkeiten eines anderen eine gemeinsame Gefahr eingeht und dies auch ausdrücklich erkennbar zum Ausdruck bringt.

3) Pflichten zur Gefahrtragung aufgrund eines faktischen Treue- und Vertrauensverhältnisses

Bisher ist untersucht worden, inwieweit bestimmten Rechtseinrichtungen, Berufs-, Dienst- oder Vertragspflichten Gefahrtragungspflichten als Notstandspflichten entsprechen müssen. Nun soll geprüft werden, ob darüber hinaus besondere Sachlagen aufgrund ungeschriebenen Rechts die Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage fordern. Anlaß dieser Überlegung bildet ein vom Oberlandesgericht Freiburg entschiedener Fall.²⁾

Der Angeklagte war führendes Mitglied einer politischen Organisation, die unter der national-sozialistischen Herrschaft verboten war. Als er seine illegale politische Tätigkeit verantworten sollte, befreite er sich durch Verrat seiner Kameraden.

Der Senat prüft die Frage, ob der Angeklagte verpflichtet war, die mit dem illegalen Kampf verbundenen Gefahren zu bestehen. Er verneint sie zunächst mangels einer besonderen vertraglichen oder beruflichen Pflicht. Anschließend untersucht er das besondere Verhältnis des Angeklagten zu seinen Gesinnungsgenossen. Der

1) vergl. Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S. 371

2) OLG Freiburg, HEST 2, S. 200 ff

Senat führt aus: " Denn die ihnen drohenden Gefahren waren unmittelbarer und zahlreicher, als sie bei den erwähnten Berufs- und Vertragsverhältnissen aufzutreten pflegen, das Vertrauen auf gegenseitige Verschwiegenheit bildete die Voraussetzung der Aufnahme in die Gemeinschaft, der der Angeklagte zur Verschwiegenheit verpflichtet war." Aus dieser freiwillig übernommenen Pflicht entnimmt der Senat aufgrund ungesetzten Rechts die Pflicht zum Bestehen der erhöhten Gefahren, die mit der Teilnahme an einem illegalen politischen Kampf verbunden sind.¹⁾

Ähnliche Fälle haben der Oberste Gerichtshof der Britischen Zone und das Oberlandesgericht Hamm entschieden. Auch diese Gerichte haben die Angeklagten allein wegen ihres freiwilligen Entschlusses zum Eintritt in eine illegale Kampfeinheit für verpflichtet erklärt, zu ihrer Gemeinschaft selbst bei eigener Leibes- oder Lebensgefahr zu stehen.²⁾

Entsprechen diese Verurteilungen einer rechtspolitischen Forderung?

Die politische illegale Kampforganisation in einem Unrechtsstaat ist ein typisches Beispiel für eine Gemeinschaft, die wegen der ihr drohenden Gefahren auf Zusammenhalt aller Mitglieder angewiesen ist. Wenn der politische Gegner über den Verrat eines untreuen Mitglieds in eine solche Gemeinschaft einbrechen kann, sind alle anderen Gesinnungsgenossen aufhöchste gefährdet. Dieser Vertrauenslage kann nur eine unbedingte Treue zur Gemeinschaft entsprechen, die auch bei

1) vergl. zum Vorstehenden: OLG Freiburg HEST 2, S. 202

2) OGH Br.Z Bd.3, S. 126 ff; zustimmend: Schönke-Schröder, § 54 Rdn.3; OLG Hamm, MDR 1949, S.185 ff; vergl. zu letzter Entscheidung auch die Ausführungen auf S. 65

eigener Gefahr für Leib oder Leben nicht verletzt werden darf. Den oben angeführten Entscheidungen ist zuzustimmen.

Der für die illegale Kampforganisation entwickelte Grundsatz unbedingter Treue- und ~~Er~~standspflicht gilt nicht schon immer dann, wenn Personen gemeinsam gefährliche Handlungen begehen. Durch gemeinsames Unternehmen, eine Bergtour, Segelfahrt oder einen Flug mit einer Sportmaschine entsteht noch nicht ohne weiteres unter den Teilnehmern ein besonderes Vertrauens- oder Treueverhältnis mit gegenseitiger, strafrechtlich zu schützender Gefahrtragungspflicht.¹⁾ Das ist vielmehr nur der Fall, wenn beispielsweise wie bei einer Expedition unter den Teilnehmern eine nicht nur vorübergehende Gemeinschaft besteht, die von vornherein wegen der besonderen Gefährlichkeit des Unternehmens auf die Beistandspflicht jedes Mitglieds angewiesen ist.

Mit den vorstehenden Fällen sind die wichtigsten Grundlagen für Gefahrtragungspflichten dargestellt. Dabei wurde nicht das alle Fälle betreffende Problem erörtert, ob ein Träger von Notstandspflichten Nothilfe leisten oder ob ihm Nothilfe dargebracht werden darf. Diese Erörterung soll nun nachgeholt werden.

1) so ausdrücklich Weimar, S. 110; vergl. auch Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S. 371; Baumgarten, Notstand und Notwehr, S. 51; a.A. Neubecker, S. 113; zu allgemein: LK, Jagusch, § 54, Anm. 2d, S. 416

V Notstandspflichten und Nothilfe

1) Das Problem

Unter den Voraussetzungen der §§ 52, 54 StGB ist eine strafbare Handlung auch dann entschuldigt, wenn sie nicht zur Rettung aus gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben des Täters, sondern eines Angehörigen begangen wird. Mit dieser Regelung ist grundsätzlich die Straflosigkeit einer Rettungshandlung zugunsten eines Angehörigen anerkannt. Diese Rettungshandlung kann in zweierlei Weise vorgenommen werden. Sie ist sowohl möglich durch Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe) an fremder Notstandstat als auch dann, wenn der in Not Befindliche selber gar nicht handelt oder zu handeln imstande ist. So kann ein Dritter seinen mit einer Seilschaft abgestürzten Bruder bestimmen oder bestärken, sich durch Zerschneiden des Seils auf Kosten eines anderen Bergsteigers zu retten. Er kann aber auch allein handelnd das Seil zerschneiden. Sauer will schon beim ersten Fall keine Teilnahme, sondern Notstandshilfe als selbständige Tat oder unmittelbare Vornahme der Notstandshandlung durch den Dritten annehmen.¹⁾ Dieser Auffassung kann nicht beigestimmt werden. Es ist nicht zwingend, wegen der Nothilfefälle, die ein Handeln des in Not Befindlichen begrifflich nicht voraussetzen, für alle Fälle die Regeln über die Teilnahme an fremder Tat nicht mehr gelten zu lassen. Nothilfehandlung als eigene Rettungshandlung im Sinne des zweiten Falles und Teilnahme an fremder Notstandstat im Sinne des ersten Falles werden auch zu Recht unterschieden.²⁾ Für die folgenden Unter-

1) Sauer, S. 127

2) Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S. 350; Henkel, Der Notstand, S. 118; Mayer, Hellmuth, S. 194, Anm. 6, Strafrecht

suchungen ist aber diese rein dogmatisch bedeutsame Unterscheidung unwesentlich. Wenn der Einfachheit halber von Nothilfe die Rede ist, so sollen in der Regel jeweils beide Fallgestaltungen einbezogen sein. Das gilt sogleich für die Abwandlung obiger Beispiele.

Zunächst soll der Dritte, der seinem Bruder Nothilfe leistet, berufsmäßiger Bergführer sein. Anschließend ist der Abgestürzte von Beruf Bergführer. Kann in beiden Fällen die Nothilfe entschuldigt werden?

Diese Frage ist berechtigt, weil nach der rechtspolitischen Untersuchung jeweils einer der Beteiligten grundsätzlich Träger von Notstandspflichten ist und bei echter Teilnahme jeder gemäß § 50 Abs. 1 StGB ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld strafbar ist. So können nach der Ansicht von Petters-Preisendanz Teilnehmer sich nur dann auf den entschuldigenden Notstand berufen, wenn dessen Voraussetzungen auch in ihrer Person gegeben sind.¹⁾

Mehrere Wege stehen zur Lösung offen. Man kann auf den Helfer abstellen und seine Hilfe nicht entschuldigen, wenn er kraft einer besonderen Stellung zum Bestehen einer Notstandslage verpflichtet ist.²⁾ Man kann auch von dem Gefährdeten ausgehen und die Zulässigkeit seiner Nothilfe nach seiner generellen Pflichtenstellung beurteilen.³⁾ Es gibt noch zwei weitere Lösungsmöglichkeiten. Diese gehen zwar zunächst entweder von der subjektiven Lage des Helfers oder der gefährdeten Person aus. Sie knüpfen aber nicht unmittelbar an schon bestehende Pflichtenstellungen an. Vielmehr ist jeweils noch danach zu fra-

1) Petters - Preisendanz, § 54, Anm. 6

2) so Dreher - Lackner - Schwalm, § 6, Rdn. 3

3) so Binding, Handbuch, S. 784, 785

gen, ob der Notstandshelfer nach den Umständen der Gesamtlage zugunsten seines Angehörigen auf Kosten einer anderen Person in irgendeiner Weise Partei ergreifen darf. Die beiden ersten Lösungen könnten je nach der Grundeinstellung zu diesem Problem so lauten, daß ein Angehöriger keine Nothilfe leisten darf, wenn er oder der Gefährdete genereller Träger von Notstandspflichten ist. Beschreitet man einen der beiden letzten Lösungswege, so müßte jeweils untersucht werden, ob eine Nothilfe zulässig ist, obwohl einer der beiden Beteiligten Träger von Notstandspflichten ist.

Im folgenden soll geprüft werden, welcher der aufgezeigten Wege eine zufriedenstellende Lösung der hier behandelten Fälle vermitteln kann. Dazu ist es zunächst erforderlich, die durch Vornahme oder Unterlassen einer Nothilfebehandlung berührten Interessen der beteiligten Personen darzustellen.

2) Die Lösung aus der Interessenlage des Nothelfers unter Berücksichtigung der Gesamtumstände

Wer zu einem Menschen in einem engen Verhältnis steht, empfindet fremde Not präsumptiv als eigene, weil er durch dessen Verlust selber zutiefst getroffen wird. Das Verlangen, denen in Not zu helfen, deren Leben mit dem eigenen besonders verbunden ist, ist daher mit dem Selbsterhaltungstrieb nahe verwandt. Will der Angehörige einem ihm wertvollen Leben in einer Notlage helfen, so folgt er einem Trieb zur Erhaltung fremden Lebens, der gleich stark oder gar stärker als der Trieb zur Erhaltung seiner selbst ist. Der Angehörige befindet sich gewissermaßen selber in

einer Notstandslage.¹⁾ Das Recht kann nicht umhin, diesen Antrieb als Äquivalent des Selbsterhaltungstriebes durch Zulassung der Nothilfe für Angehörige anzuerkennen.²⁾ Hieraus ergibt sich ein wichtiger Grundsatz: Die Entschuldigung wird dem Nothelfer nicht aufgrund irgendeiner Ableitung aus der Person des Gefährdeten, sondern aus einem in seiner eigenen Person ruhenden Grunde gewährt.³⁾ Entsprechend diesem Grundsatz steht allein die subjektive Notstandslage des Helfers und nicht die des Gefährdeten im Vordergrund der Betrachtung der Nothilfehandlung. Bei dieser grundsätzlich auf die subjektive Lage des Helfers abstellenden Betrachtungsweise ist aber vor der Entscheidung über die Zulässigkeit einer Nothilfehandlung jeweils noch zu fragen, ob besondere Interessen Dritter eine Beherrschung des Rettungsimpulses des Nothelfers verlangen. Durch diese Prüfung wird allerdings das hier vertretene Prinzip der subjektiven Betrachtung wieder eingeschränkt. Diese Einschränkung hält sich im Rahmen der für die Zulässigkeit jeder Notstandshandlung geltenden Voraussetzungen. Zu diesen gehört das Fehlen einer Pflicht zum Bestehen des Notstands. Die Frage, inwieweit besondere Interessen Dritter einer Nothilfehandlung entgegenstehen, ist in gleichem Umfang wie bei dem Problem zu stellen, ob für bestimmte Personen Pflichten zum Bestehen einer Notstandslage gefordert werden müssen. Da derjenige, dessen Angehöriger sich in einer Gefahr für

1) Binding, Handbuch, S. 786; Olshausen, Komm. 8. Aufl., § 54, Anm. 3; Henkel, Der Notstand, S. 121; Baumgarten, Notstand und Notwehr, S. 53 ff;

2) vergl. zum Vorstehenden: Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S. 334; Notwehr und Notstand, Festgabe, S. 377; Köhler, S. 29; von Weber, Grundriß, S. 127; Baumgarten, a.a.O. S. 53; Henkel, a.a.O.

3) vergl. Henkel, a.a.O.

Leib oder Leben befindet, gewissermaßen selber in einer Notstandslage ist, würde das Versagen einer Nothilfe einer besonderen Art einer Notstandspflicht gleichkommen. Soll eine solche Notstandspflicht für den bestehen, dessen Bruder als Bergführer mit einer Seilschaft abgestürzt ist, oder soll dieser seinem Angehörigen in irgendeiner Weise auf Kosten fremden Lebens zu Hilfe kommen dürfen ?

Gegenüber der zur Rettung drängenden subjektiven Lage des Nothelfers ist zu beachten: Der Bergführer dürfte sich selber in einem derartigen Fall nicht retten. Er wäre kraft Berufspflicht zum Bestehen der Notstandslage verpflichtet. Würde man dem Bruder eine Nothilfe gestatten, obwohl der Bergführer selbst in der Notstandslage den anderen abgestürzten Bergsteigern noch behilflich sein kann, so könnte zwar nicht das auf persönliche Erfüllung der Berufspflicht gesetzte Vertrauen verletzt werden. Wohl würde gegen das grundsätzliche Vertrauen verstoßen, aus der Sphäre des Bergführers keinen Schaden, sondern nur Schutz und Hilfe zu erfahren. Die dem Bergführer kraft Berufes anhaftende Pflichtigkeit, Gefahrenlagen einzugehen und zu bestehen, darf in einem derartigen Fall auch von einem Angehörigen durch eine Hilfeleistung nicht außeracht gelassen werden. Insofern muß auch der hilfswillige Angehörige als Träger einer Notstandspflicht gelten und seinen Rettungsimpuls überwinden.

In diesem Zusammenhang gehört auch ein nach den Ausführungen von Dreher-Lackner-Schwalm gebildeter Fall:¹⁾

Zwei Brüder kämpfen als Soldaten nebeneinander. Da der eine Soldat um das Leben seines Bruders bangt, stiftet er ihn an, sich befehlswidrig

1) vergl. Dreher-Lackner-Schwalm, §6 Rdn.3

den Fluchtweg aus der Feuerlinie zu erkämpfen.

Wie ist das Verhalten des Anstifters zu beurteilen ?

Die Anstiftung kann entsprechend den Überlegungen beim vorigen Fall schon deshalb nicht entschuldigt werden, weil der zur Flucht angestiftete Bruder als Soldat selber zum Bestehen der Notstandslage verpflichtet ist. Ein anderes Ergebnis läßt sich auch nicht aus der Fassung des § 6 WStG herleiten. Diese Vorschrift spricht zwar nur von der persönlichen Gefahr für einen Soldaten, die eine Tat nicht entschuldigen kann. Der insofern nicht glücklich gefaßte § 6 WStG zwingt aber nicht zu dem Gegensehluß, bei einer Gefahr für Leib oder Leben von Angehörigen eines Soldaten eine Tat für straflos zu erklären. Vielmehr sind hier die allgemeinen Grundsätze anzuwenden.¹⁾ Es ist somit für die Beurteilung des vorliegenden Falles unwesentlich, daß auch der Anstifter grundsätzlich Träger von Notstandspflichten ist.¹⁾ Für ihn ist die Pflicht zur Enthaltung von der Nothilfe nicht aus oder entgegen der Regelung nach § 6 WStG, sondern wegen der Notstandspflicht seines Bruders zu fordern.²⁾

Somit steht bis jetzt fest: Angehörige von Notstandspflichtenträgern müssen für verpflichtet erklärt werden, im Interesse der

-
- 1) ebenso grundsätzlich Binding für § 49 MStG. Für den Fall, daß der Angehörige zugleich auch Angehöriger des Heeres ist, darf nach Binding gemäß " dem Willen des Gesetzes... die Dienstpflicht nicht zur Rettung eines Soldaten verletzt werden." Handbuch, S. 781
 - 2) Dagegen entnehmen Dreher-Lackner-Schwalm die Notstandspflicht der Pflichtenstellung des Anstiftenden Soldaten: § 6 Rdn. 3; gegen eine Notstandspflicht überhaupt: Begründung zum Entwurf eines Wehrstrafgesetzes, Verh., 2. DBT, Bd. 47, Drucks. 3040, S. 18

Schutzaufgaben der ihnen nahe stehenden Personen ihren Rettungsimpuls zu beherrschen und von einer Notstandshandlung Abstand zu nehmen.¹⁾ Nothilfe zugunsten der Träger von Notstandspflichten kann nur gestattet sein, wenn die Rettung des Notstandspflichtigen nicht in Widerspruch zu der diesem obliegenden Notstandspflicht steht.²⁾

Wie ist der weitere Fall zu beurteilen, wenn bei einem Schiffsuntergang ein Seemann einen Passagier aus dem vollbesetzten letzten Rettungsboot stößt, um seinen Bruder noch aufzunehmen?

Würde der Seemann nicht zugunsten eines Angehörigen, sondern zur Rettung irgendeines anderen Passagiers handeln, so wäre seine Tat rechtswidrig und schuldhaft. Insbesondere träfen nicht die Grundsätze des übergesetzlichen Notstands zu, da durch das Eingreifen des Seemanns die Gefahr lediglich von der einen Person auf die andere abgewälzt würde.³⁾

Dagegen gibt im vorliegenden Fall § 54 StGB grundsätzlich die Möglichkeit, zugunsten des Bruders einzugreifen. Dem hierauf gestützten, verständlichen Rettungsverlangen des Seemanns stehen folgende Überlegungen entgegen. Dürfte der Seemann seinen Bruder allein wegen des Angehörigenverhältnisses auf Kosten eines anderen Passagiers retten, so würde er diesem gegenüber seine Schutz- und Hilfspflichten verletzen. Bei einer Schiffsfahrt müssen sich aber alle Passagiere in gleicher Weise dem Schutz der Besatzung anvertrauen können. Es darf ihnen aus der Teilnahme von Angehörigen der Schiffsbesatzung kein Nachteil erwachsen. Deshalb muß im Ausgangsfall dem Seemann die

1) vergl. Binding, Handbuch, S. 784, 785

2) wie hier: Broglio, S. 51, Anm. 5; a. A. Kadecka, Verh., 34. DJT, S. 478, 479

3) vergl. für ein ähnliches Beispiel: Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 166, 167

vorzugsweise, sachlich nicht gerechtfertigte Rettung des in die Notstandslage geratenen Bruders auf Kosten des anderen Passagiers versagt sein.

Der hier zum Ausdruck gelangte Gleichbehandlungsgrundsatz ist in allen Fällen anzuwenden, in denen eine notstandspflichtige Person von vornherein gegenüber mehreren Leuten Schutz- und Hilfspflichten hat. Er kann allerdings nicht mehr gelten, wenn sich ein Angehöriger und eine fremde Person in einer solchen Notstandslage befinden, aus der die Rettung nur einer Person möglich ist. Eine derartige (unechte) Gefahrengemeinschaft liegt z.B. vor, falls bei einer abgestürzten Seilschaft der Bergführer vor die Entscheidung gestellt ist, entweder seinen Bruder zusammen mit einem fremden Bergsteiger untergehen zu lassen oder durch Zerschneiden des Seils wenigstens einen von ihnen zu retten. Rettet er der Stimme seines Herzens folgend seinen Bruder, so kann ihm wegen dieser Entscheidung kein Vorwurf gemacht werden.¹⁾

Wie ist der Fall zu entscheiden, wenn ein Bergführer - ohne für die Seilschaft verantwortlich zu sein - seinen Bruder abgestürzt vorfindet?

Hier können den Bergführer gegenüber den übrigen Teilnehmern an der Bergtour keine besonderen Schutz- und Hilfspflichten treffen. Die Bergsteiger haben das gefährliche Unternehmen nicht im Vertrauen auf dessen Unterstützung begonnen. Es ist somit mangels einer allgemei-

1) vergl. für den Fall, daß es sich um miteinander nicht verwandte Personen handelt, Wetzels Lösung mit Hilfe des übergesetzlichen entschuldigenden Notstands: Das Deutsche Strafrecht, S. 167. Gegen die Anerkennung übergesetzlicher Schuldtausschließungsgründe: Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S. 190, Anm. 3; ebenso wohl: BGH NJW 1953, S. 514; a. A. Schwurgericht Köln, NJW 1952, S. 358; ausführlich zum Problem des übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes: Gallas, Pflichtenkollision, S. 311 ff; Schaffstein, Die Nichtzumutbarkeit

nen oder besonderen Vertrauenslage kein Grund ersichtlich, den Bergführer für verpflichtet zu erklären, von einer Nothilfehandlung zur Rettung seines verunglückten Bruders abzusehen. Wer grundsätzlich zum Kreis der Träger von Notstandspflichten gehört, darf demnach einem Angehörigen aus einer Notstands Lage helfen, wenn nicht gerade im Hinblick auf diese gegenüber anderen Personen eine allgemeine oder besondere Pflichtenstellung besteht.

Zu prüfen bleiben noch die in der Literatur häufiger behandelten Fälle, in denen entweder der Gefährdete oder der Nothelfer die Not - standslage verschuldet hat. Dabei wird die Meinung, die bei Verschulden des Dritten eine Nothilfe versagt, fast in gleichem Umfang wie die Auffassung vertreten, nach der die Zulässigkeit der Nothilfe von den Umständen im Bereich des Gefährdeten abhängen soll.¹⁾

1) auf Verschulden durch den Nothelfer stellen ab: Olshausen, Komm., 12. Aufl., § 54, Anm. 3; Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S. 193, Anm. 3a; Kohlrusch-Lange, § 54, Anm. III; Schwarz-Dreher, § 54, Anm. 2B; LK, Jagusch, § 54, Anm. 4, S. 418; Maurach, AT, § 34 I A 4; OLG Köln, NJW 1953, S. 116; auf Verschulden durch den Gefährdeten stellen ab: Oetker, Notwehr und Notstand, Festgabe, S. 376; Marcetius, S. 72; Goldschmidt, Verh., 34. DJT, S. 422, § 22a; wohl auch: Broglio, S. 51, Anm. 5; ferner: Gerland, S. 152; von Hippel, Deutsches Strafrecht, S. 223; Mezger-Blei, Studienbuch, S. 197; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 162; Frank, Komm., § 54, Anm. 15; Schönke-Schröder, § 54, Rdn. 9; fremde und eigene Schuldlosigkeit setzt Binding voraus: Handbuch, S. 788; ebenso: Baumann, Lehrbuch, S. 415. Eine echte Notstandspflicht kennt Henkel auch in diesem Zusammenhang nicht. Er stellt zwar allein auf das Verschulden des Nothelfers ab, will aber bei fahrlässiger Herbeiführung der Notlage und Vorliegen eines Fahrlässigkeitstatbestandes genau wie beim verschuldeten Notstand des Bedrohten wegen fahrlässiger Tatbegehung bestrafen: Der Notstand, S. 147, 148. Auch hier bleibt wieder ungeklärt, wie sich eine vorsätzliche Handlung qualitativ in eine fahrlässige verwandeln soll (vergl. auch die Ausführungen auf S. 63 Anm. 1 am Ende).

Die folgende Prüfung ist allerdings - abgesehen von der Bedeutung für das geltende Recht - nur sinnvoll, wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht den Verschuldens-tatbestand als Grundlage einer Gefahrtra-gungspflicht auch de lege ferenda für rich-tig hält.

Zunächst soll der Fall erörtert werden, ob Nothilfe geleistet werden darf, wenn die in Not befindliche Person die Notstandslage verschuldet hat.

Der Gefährdete kann sich in diesem Fall nach geltendem Recht selber nicht auf Kosten gleich - oder höherwertiger Interessen retten. Hieraus könnte folgender Schluß gezogen werden: Die Lösung des vorliegenden Falles hat wegen der vom geltenden Recht angenommenen Ähnlichkeit der Interessenlage mit den Fäl-len, bei denen zu prüfen war, ob Nothilfe zu-gunsten eines kraft sozialer Stellung Not-standspflichtigen zulässig sein kann, nur ebenso wie bei jenen zu erfolgen. Diese Auf-fassung würde zur Anwendung des dort entwik-elten Grundsatzes des Ausschlusses der Not-hilfe für den Fall führen, daß die Rettung des Notstandspflichtigen der diesem obliegenden Notstandspflicht widerspricht.¹⁾ Nach der hier vertretenen grundsätzlichen Einstellung zur Notstandshilfe kann einem solchen Lösungsweg nicht gefolgt werden. Er läßt außer acht, daß die subjektive Notstandslage des Helfers und nicht die des Gefährdeten beachtlich ist. Nur dann muß der Hilfeleistende den Ret-tungsimpuls überwinden, wenn besonders schutz-würdige Interessen Dritter, die auch auf Not-standspflichten der gefährdeten Person beruhen können, der Nothilfehandlung entgegenstehen. Ein solcher Interessengegensatz liegt hier nicht

1) so Mezger - Blei, Studienbuch, S. 197

vor, weil die rechtspolitische Notwendigkeit einer Notstandspflicht bei verschuldetem Notstand grundsätzlich nicht anerkannt werden kann.¹⁾ Somit kann die Nothilfehandlung bei Verschulden der Notstandslage durch den Gefährdeten nicht für unzulässig erklärt werden.

Wie ist zu entscheiden, wenn der Nothelfer die Notstandslage verschuldet hat ?

Von den Meinungen, die in diesem Fall eine Nothilfe versagen²⁾, soll wegen der Art ihrer Begründung die Auffassung von Baumann angeführt werden. Baumann verlangt für die Zulässigkeit der Nothilfe gerade wegen der ausschließlichen Berücksichtigung der psychischen Situation beim strafrechtlichen Notstand und ihrer Erweiterung auf die Angehörigennot als einer fremdnützigen Tat eigene und fremde Schuldlosigkeit an der Notstandslage.³⁾

Dieser Ansicht liegt eine unzutreffende Annahme zugrunde. Bei der Rettung Angehöriger überwiegt nicht die Fremdnützigkeit der Handlung, sondern das Eigeninteresse an ihrer Vornahme. Dieses Eigeninteresse ist gerade dann besonders stark, wenn der Nothelfer die Notstandslage verschuldet hat. In einem derartigen Fall wird das " Schuldgefühl " gegenüber dem gefährdeten Angehörigen das Rettungsverlangen des Nothelfers wegen dessen vorangegangenen Tun steigern.⁴⁾ Die Nichtberücksichtigung dieses Rettungstriebes kann angesichts einer derartig besonderen, zur Nothilfe drängenden Motivation nicht mehr gerechtfertigt sein. Des-

1) vergl. die Ausführungen auf S.66 ff

2) vergl. die Literaturangaben auf S. 156, Anm1

3) Baumann, Lehrbuch, S. 415

4) Henkel erwägt, ob nicht aus diesem schuldhaft vorangegangenen Tun sogar eine Rechtspflicht zur Gefahrabwendung erwächst: Der Notstand, S. 149

halb hat im vorliegenden Fall dem gesteigerten Rettungsimpuls die Zulässigkeit der Nothilfe zu entsprechen.¹⁾

1) vergl. auch die Begründung bei Mezger-Blei, Studienbuch, S. 197

VI Umfang und Grenzen der Notstandspflichten

Die bisherigen Untersuchungen beschäftigten sich mit der Frage, ob bestimmte Personen Notstandspflichten treffen sollen. Das Problem des Umfangs und der Grenze einer Pflicht zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands wurde ausgeklammert, um es nunmehr für alle vergleichbaren Gefahrtragungspflichten einheitlich lösen zu können.

Mit der (negativen) Erklärung der Gefahrtragungspflicht als Ausschluß der Berufung auf den strafrechtlichen Notstand oder der (positiven) Definition als Pflicht zum Bestehen einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben ist lediglich eine allgemeine Inhaltsbestimmung der Notstandspflicht gegeben. Über das im einzelnen Fall zu fordernde Ausmaß der zu ertragenden Gefahr sagen diese Begriffsbestimmungen nichts aus. Sie treffen vielmehr auf alle Gefahrtragungspflichten zu, gleichgültig, ob es sich um Duldungspflichten bei anerkannten Gefahrlagen oder um Erfolgabwendungs- oder Einstandspflichten bei Schutzaufgaben handelt. Ferner läßt sich nicht erkennen, ob das Maß der zu ertragenden Gefahr auch von persönlichen Verhältnissen eines Pflichtenträgers, etwa seinem sozialen Stand, seiner Verantwortungsfähigkeit oder allein von den Regeln der Gemeinschaft abhängt. Der Begriff der Gefahr für Leib oder Leben läßt der Auslegung einen weiten Spielraum.¹⁾ Vor einer zu weitgehenden Auslegung soll von vornherein die Feststellung von Webers warnen, nach der die Notstandspflichten eine ernste Durchbrechung des beherrschenden Gedankens darstellen, daß menschliches Streben vor der Heiligkeit des Lebens haltzuma-

1) von Weber, Das Notstandsproblem, S.94

chen habe."¹⁾

Zunächst soll von den einzelnen Gruppen der Gefahrtragungspflichten ausgegangen werden und ohne Berücksichtigung persönlicher Verhältnisse der Pflichtenträger das Höchstmaß der Gefahr festgestellt werden, bis zu dem grundsätzlich eine Pflicht zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands gefordert werden kann.

Soweit Notstandspflichten als Duldungspflichten bei anerkannten Gefahrlagen bestehen, muß abgesehen von dem bereits erörterten Fall der Pflicht zur Erduldung der Todesstrafe²⁾ - der Grundsatz gelten, daß der Staat wegen der "Unantastbarkeit menschlichen Lebens"³⁾ auch im Interesse der Durchführung seiner Einrichtungen das Erleiden des sicheren Todes niemals fordern darf. Allerdings kann wegen der für die Gemeinschaft bedeutsamen Einrichtungen, durch die anerkannte Gefahrlagen entstehen können, auch nicht jede Befürchtung einer Lebensseinbuße von der Gefahrtragungspflicht entbinden. Andernfalls würde die Notstandspflicht ihre Bedeutung als Ausschluß der Berufung auf den strafrechtlichen Notstand weitgehend einbüßen und den jeweils erstrebten Interessenschutz nur unzureichend erfüllen können. Die Möglichkeit der Lebensgefährdung muß noch im Bereich der zu erduldenen Gefahrlage sein. Liegt dagegen die hohe Wahrscheinlichkeit einer Todesgefahr vor, dann kann der Staat in diesem Bereich in gleicher Weise wie bei Vorliegen sicherer Todesgefahr die Berufung auf den Notstand nicht versagen.

Bei den Notstandspflichten als Erfolgsabwendungspflichten drängt sich zur Bestimmung des

1) von Weber, Das Notstandsproblem, S. 91

2) vergl. die Ausführungen auf S. 79

3) Jescheck, Das Menschenbild, S. 9

Mindestmaßes der zu bestehenden Eigengefährdung ein Vergleich mit der Bestimmung des § 330c StGB auf. Nach dieser Vorschrift hat jede Person, ohne eine bestimmte Garantenstellung einzunehmen, eine selbständige Hilfepflicht. Sie entfällt nur bei erheblicher eigener Gefahr. Inhalt der Notstandspflicht ist, selbst bei Eintreten einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben die anvertrauten oder übernommenen Schutzaufgaben zu erfüllen. Aus dieser besonderen Aufgabenstellung wird ersichtlich, daß die Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage in jedem Fall einen persönlichen Einsatz über das nach § 330c StGB zumutbare Maß an Eigengefährdung verlangt. Umstritten ist auch nur, wie weit die Gefährdungspflicht grundsätzlich gehen kann. Hier stehen sich zwei Meinungen gegenüber. Nach einer Ansicht gibt es Notstandspflichten bis in den Tod.¹⁾ Häufigstes Beispiel ist die unbedingte Treue- und Gehorsamspflicht des Soldaten.²⁾ Nach der anderen Ansicht ist für die Pflichtenträger die Berufung auf den strafrechtlichen Notstand nicht in jedem Fall ausgeschlossen.³⁾ Die Selbstaufopferungspflicht

1) grundsätzlich: Oetker, Notwehr und Notstand, Festgabe, S. 362, 369; Binding, Handbuch, S. 783; für den Soldaten; Neubecker, S. 112, 113; für den Soldaten und alle im öffentlichen Dienst Stehenden; Broglio, S. 48; für den Soldaten; Baumgarten, Notstand und Notwehr, S. 50, 51; für den Soldaten und den Seemann; de lege ferenda: für den Sicherheitsbeamten; wohl auch Goldschmidt, Der Notstand, S. 182; für den Soldaten, Arzt und Seemann; Petters-Preisendanz scheinen eine Grenze nur bei sinnloser Selbst aufopferung zu sehen: § 54, Anm. 4c; unentschieden: LK, Jagusch, § 54, Anm. 2d, S. 417; für Richter, Soldaten und Träger von Staatsgeheimnissen; Schwinge, § 49, Anm. 1, vor § 48, Anm. III; für Soldaten; ebenso anscheinend in Ausnahmefällen: Arndt, Herbert, S. 97

2) vergl. die Literaturangaben unter Anm. 1

3) so ausdrücklich: Mezger, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 367; Frank, Komm., § 54, Anm. IV; Henkel, Zumutbarkeit, S. 294

findet entsprechend dieser Meinung ihre Grenze äußerstenfalls dort, wo kein " Hoffnungs-
schimmer einer wenn auch nur schmalen Chance
des Entkommens" ¹⁾ besteht. von Weber legt
das Maß der zu ertragenden Gefahr bis dicht
an die Grenze der Selbstaufopferung. ²⁾ Siegert
spricht nur von der Möglichkeit des Todes,
die ein Soldat auf sich nehmen muß. ³⁾ Welcher
Ansicht zu folgen ist, soll am Beispiel des
Soldaten erörtert werden, weil nach allgemei-
ner Überzeugung dessen Gefahrtragungspflicht
am weitesten geht. ⁴⁾

Kann ein Befehl den Soldaten verpflichten,
in den sicheren Tod zu gehen?

Ein solcher Befehl liegt vor, wenn eine
Chance des Überlebens nach menschlichem Er-
messen völlig ausgeschlossen ist. So wäre
der Befehl, sich als Insasse eines Todestor-
pedos in der von den Japanern im letzten
Weltkrieg verwendeten Art einsetzen zu las-
sen, ein Befehl, in den sicheren Tod zu gehen. ⁵⁾
Militärisch kann ein solches Vorgehen wert-
voll und notwendig sein. Dennoch müssen Be-
denken erhoben werden, einen derartigen Be-
fehl als rechtmäßig und verbindlich zu erklä-
ren. Ein Befehl, der den sicheren Tod eines
Untergebenen zur Folge hat, ist ein Befehl
zur Selbsttötung. Nur ein Staat, der für sich
in Anspruch nimmt, Herr über Leben und Tod
zu sein, kann so befehlen. Schon die Abschaf-
fung der Todesstrafe (Art. 102 GG) beruht
letztlich auf der Anerkennung der Unantast-
barkeit menschlichen Lebens. ⁶⁾ Umsomehr muß
um der Heiligkeit des Lebens willen dann

1) Maurach, AT, § 34 I A6; vergl. auch Dreher-
Lackner-Schwalm, § 6, Rdn. 6

2) von Weber, Das Notstandsproblem, S. 94

3) Siegert, S. 55

4) vergl. auch von Weber, Grundriß, S. 127

5) Beispiel von Dreher-Lackner-Schwalm, a.a.O.

6) vergl. Jescheck, Das Menschenbild, S. 9

Einhalt geboten werden, wenn jemand sein Leben grundsätzlich nicht durch Tötung eines anderen verwirkt hat, sondern wenn er ein reines Opfer durch Selbsttötung erbringen soll. Ein solches Opfer kann freiwillig erfolgen, nicht aber verlangt werden.¹⁾ Der Befehl kann daher nicht mehr binden und eine Gefahrtragungspflicht nicht begründen, wenn der Soldat nicht nur die äußerste Lebensgefahr, sondern den sicheren Tod auf sich nehmen soll. Damit sind selbst einem vom militärischen Wert aus betrachtet notwendigem Befehl Grenzen gesetzt. Im Ausgangsfall braucht daher der Soldat den zum sicheren Tode führenden Befehl nicht zu befolgen. Keineswegs darf demnach behauptet werden, dem Soldaten sei bei einem Befehl die Berufung auf Notstand schlechthin versagt²⁾ und er müsse in jedem Fall treu bis in den Tod sein.³⁾ Allerdings wird man " angesichts der Notwendigkeit, daß der Soldat im Kampf in kritischer Lage auch die äußerste Lebensgefahr auf sich nehmen muß, den Begriff des sicheren Todeseng auffassen müssen."⁴⁾ Eine Lebensgefahr von hoher Wahrscheinlichkeit wird ein Soldat aufgrund seiner Aufgabenstellung noch ertragen müssen.⁵⁾

1) vergl. von Weber, Das Notstandsproblem, S. 37, 91 ff; Dreher-Lackner-Schwalm, § 6, Rdn. 6

2) so aber Schwinge, vor § 48 Anm. II 1; Goldschmidt, Der Notstand, S. 182; wie hier: Frank Komm., § 54, Anm. IV; Siegert, S. 55; von Weber, a.a.O., S. 92, 93; Grundriß, S. 127; Mezger, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 367; Henkel, Zumutbarkeit, S. 294; Maurach, AT, § 34 I A 6; Kaufmann, S. 163, Anm. 182; Dreher-Lackner-Schwalm, a.a.O.; Baldus, Niederschriften, 12. Bd., S. 178; wohl auch LK, Jagusch, § 54, Anm. 2d S. 416

3) so aber Neubecker, S. 112, 113; Binding, Handbuch, S. 782, Anm. 80, S. 783; Broglio, S. 48; Baumgarten, Notstand und Notwehr, S. 50, 51

4) Dreher-Lackner-Schwalm, a.a.O.

5) Maurach, spricht sogar von einer Todesgefahr mit " größter Wahrscheinlichkeit ". Maurach, a.a.O.

Über dieses Höchstmaß an zumutbarer Eigengefährdung hinaus kann von keinem Träger von Notstandspflichten die Erfüllung einer Erfolgsabwendungspflicht verlangt werden. Der Staat als Rechtsmacht kann ebensowenig wie dem Soldaten einem Richter, Polizeibeamten oder Diplomaten befehlen, ihre Pflichten bei sicherer Todesgewißheit zu erfüllen. Damit kann bei allen Notstandspflichten als Erfolgsabwendungspflichten allenfalls eine hohe Wahrscheinlichkeit einer Lebensgefährdung Höchstmaß der zu ertragenden Gefahr sein.

Nun soll das Höchstmaß der zumutbaren Pflichterfüllung für den Fall bestimmt werden, daß die Notstandspflicht eine Einstandspflicht ist. Soll z.B. ein Seemann bei einem Schiffsunglück einen Passagier aus dem vollbesetzten letzten Rettungsboot auch dann nicht werfen dürfen, wenn andernfalls für ihn keine Hoffnung auf Rettung besteht ?

Bei den Notstandspflichten als Einstandspflichten kann die Pflicht, zur Erfüllung der Schutzaufgaben selbst den sicheren Tod auf sich zu nehmen, keine die Rechtsmacht des Staates auf jeden Fall überschreitende Verpflichtung zur sicheren Selbsttötung beinhalten. Die Pflicht wäre vielmehr auf ein Unterlassen der eigenen Rettung auf Kosten fremden Lebens gerichtet. Dieser Unterschied ist wichtig, weil durch die Forderung, zur Pflichterfüllung auch sichere Lebensgefahr nicht abzuwenden, grundsätzlich nur dem Schicksal sein vorgezeichneter Lauf gelassen wird.¹⁾ Eine solche Forderung kann nicht unzulässig sein. Der Staat muß die Befugnis haben, den bei einer Notstandslage die Rechtsordnung besonders heftig erschütternden Konflikt des Existenzkampfes mehrerer Personen

1) von Weber, Das Notstandsproblem, S. 37

in irgendeiner Weise streitentscheidend zu lösen.¹⁾ Die Lösung kann im Zubilligen oder Versagen des Notstandsrechtes bestehen. Wird der Konflikt so entschieden, daß sich eine Person nicht auf Kosten einer anderen retten kann, wenn ihr gerade dieser gegenüber besondere Schutzpflichten obliegen, so können gegen dieses Ergebnis keine Bedenken erhoben werden. Eine andere Frage ist es dagegen, ob eine so weitgehende Pflichterfüllung gefordert werden soll. Das obige Beispiel zeigt die Berechtigung einer solchen Forderung. Der Passagier, der sich der Schiffsbesatzung anvertraut, muß sich auch im äußersten Fall darauf verlassen können, allen nur möglichen Schutz zu erfahren. Dieser Schutz wäre gerade in höchster Not nicht gegeben, wenn sich ein Besatzungsmitglied auf Kosten eines Passagiers retten dürfte.²⁾ Damit besteht bei der Notstandspflicht als Einstandspflicht die sichere Selbstaufopferung nicht als Grenze der Pflichterfüllung.

Nachdem der grundsätzliche Umfang der zumutbaren Pflichterfüllung für bestimmte Gruppen von Notstandspflichten ermittelt ist, soll, geprüft werden, ob innerhalb des abgesteckten Rahmens das Maß der pflichtgemäß zu tragenden Gefahr je nach der besonderen sozialen Stellung des Pflichtenträgers verschieden sein kann.

Nach Jagusch ist bei allen vergleichbaren Trägern von Notstandspflichten das Maß der zu tragenden zusätzlichen Gefahr nicht gleich und auch im Einzelfall nicht unter allen Umständen dasselbe. Er stellt folgenden Grundsatz auf: "Je bedeutsamer die öffentliche Pflicht ist, je gehobener und verantwortungsvoller die

1) vergl. die Ausführungen auf S. 41

2) ebenfalls für eine unbedingte Einstandspflicht in diesem Fall: Oetker, Notwehr und Notstand, Festgabe, S. 373

Stellung des besonderen Pflichtenträgers ist, und je deutlicher sie sich im öffentlichen Leben ausprägt und dort anerkannt ist, desto größere Anforderungen in bezug auf die Sonderpflicht erwachsen dem Verpflichteten. Dabei ist auch die soziale Verantwortung und Verantwortungsfähigkeit zu beachten." Die höchsten Anforderungen stellt Jagusch an Soldaten, Richter und Träger besonders wichtiger Staatsgeheimnisse.¹⁾

Auch nach Maurach ist das Maß der Gefahrtragungspflicht grundsätzlich nach dem " Grad der sozialen Exponiertheit " oder " der Rechtsverbundenheit " verschieden. Zur Begründung seiner Ansicht führt Maurach an, daß " mit der Verantwortlichkeit der Stellung die Anforderungen an Widerstandskraft und Aufopferungsfähigkeit " steigen.²⁾

Ähnlich wie bei Jagusch und Maurach bedarf auch nach der Meinung von Webers die Grenze jeder Gefahrtragungspflicht gesonderter Bestimmung.³⁾ Dabei mißt von Weber die Pflichtanforderung hauptsächlich nach dem Objekt des Schadens,⁴⁾ beziehungsweise der Schwere des Verstoßes gegen die Gemeinschaftsordnung.⁵⁾

So will von Weber dem Soldaten im Kriege die am weitesten gehende Gefahrtragungspflicht auferlegen.⁶⁾

Folgt man diesen Meinungen, so wäre grundsätzlich bei einem Bergführer oder Bademeister das Maß der pflichtgemäß zur Erfüllung ihrer Auf-

1) LK, Jagusch, § 54, Anm. 2d, S. 417

2) Maurach, AT, § 34 I A 6

3) von Weber, Das Notstandsproblem, S. 94; vergl. auch Henkel, Der Notstand, S. 132. Henkel erhebt auch wegen der seiner Ansicht nach bestehenden Unmöglichkeit einer allgemeinen Bestimmung der Grenzen von Gefahrtragungspflichten grundsätzliche Bedenken gegen die Anerkennung gesetzlich nicht geregelter Notstandspflichten: Henkel, a.a.O.

4) von Weber, Das Notstandsproblem, S. 94

6) von Weber, Grundriß, S. 127; Das Notstandsproblem, S. 92

5) von Weber, Die Grenzen, S. 8

gabe zu tragenden Gefahr geringer als beispielsweise bei einem Soldaten, Richter oder Polizeibeamten. Das ist nur ganz bedingt richtig. Der Soldat ist bei jedem militärischen Einsatz grundsätzlich der Möglichkeit einer Lebensgefahr ausgesetzt. Dieser latenten Gefahrlage muß es zur Gewährleistung des Gemeinschaftsschutzes entsprechen, Pflichterfüllung noch bei einer Lebensgefahr von hoher Wahrscheinlichkeit zu fordern.¹⁾ Auf alle anderen Pflichtenträger trifft diese besondere Grundsituation des Soldaten nicht zu.²⁾ Für sie kann allenfalls die geringere Pflicht bestehen, die Möglichkeit des Lebensopfers auf sich zu nehmen. Dieses Maß an Pflichterfüllung muß im Notfall von allen übrigen Pflichtenträgern mit Schutzaufgaben erbracht werden. Bei allen Überlegungen im Bereich der Notstandspflichten ist davon auszugehen, daß besondere, anerkannte Interessen auch in einer Notstandslage nicht verletzt werden dürfen. Dabei ist vom Standpunkt des bedrohten Rechtsgutes aus betrachtet das Schutzbedürfnis in jedem Fall gleich groß. Deshalb muß gefordert werden, daß im äußersten Fall ein Bergführer zur Rettung des in Not geratenen, ihm anvertrauten Bergsteigers sein Leben ebenso wagt wie ein Polizist oder Feuerwehrmann bei Erfüllung seiner Schutzaufgaben.

Jagusch fordert ferner nicht für alle Feuerwehrleute Notstandspflichten in gleichem Umfang. Er will den Freiwilligen Feuerwehren geringere Gefahrtragungspflichten als den Berufsfeuerwehren auferlegen.³⁾ Diese Ansicht kann nur richtig sein, wenn sachlich zwischen dem Aufgabengebiet der Freiwilligen Feuerwehr und dem der Berufsfeuerwehr ein Unterschied besteht.

1) vergl. die Ausführungen auf S. 164

2) im Ergebnis ebenso: von Weber, Grundriß, S. 127; Das Notstandsproblem, S. 92

3) LK, Jagusch, § 54, Anm. 2 d, S. 417

Freiwillige Feuerwehren gibt es besonders in Kleinstädten und Landgemeinden, in Großstädten in beschränktem Umfange und teilweise nur neben Berufsfeuerwehren.¹⁾ Hinsichtlich der Schutzaufgaben unterscheiden sich diese Feuerwehren nicht. Es wäre auch unbillig, wenn eine kleinere Gemeinde bei Brandgefahr oder sonstigen Unglücksfällen durch das Bestehen einer Freiwilligen Feuerwehr in irgendeiner Weise, wie z.B. durch eine Beschränkung der besonders wichtigen Einsatzpflcht bei großer Eigengefahr, benachteiligt wäre. Die Einrichtung einer Freiwilligen Feuerwehr läßt sich nur so lange vertreten, als sie den gleichen Schutz wie eine Berufsfeuerwehr gewährleisten kann. Wer ehrenamtlich die Aufgaben eines Feuerwehrmannes übernimmt, muß auch alle Pflichten auf sich nehmen, die mit der Ausübung dieser Tätigkeit verbunden sind. Es kann Jagusch nicht zugestimmt werden, wenn er bei freiwilligen Feuerwehrmännern geringere Anforderungen an die Pflicht zum Bestehen eines Notstands als bei hauptberuflichen Feuerwehrleuten stellen will.

Wegen des allein für den Umfang der Pflichterfüllung maßgebenden Schutzbedürfnisses können die von Jagusch und Maurach angeführten objektiven Merkmale, nach denen der Grad der zu bestehenden Gefahr von dem besonderen Stand eines Pflichtenträgers abhängen soll, nicht gebilligt werden. Sie sind nur für die Beantwortung der Frage heranzuziehen, ob jemanden überhaupt eine Pflicht zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands treffen soll.

Maurach und Jagusch gehen bei der Bestimmung des Umfangs der Gefahrtragungspflicht auch von der einer bestimmten sozialen Stellung entsprechenden Verantwortungsfähigkeit und Auf-

1) vergl. § 8 Feuerschutzgesetz von Nordrhein-Westfalen, Gesetz vom 25.3.1958 (GV, S.101)

opferungsfähigkeit des Pflichtenträgers aus. Damit werden subjektive Eigenschaften zur Ermittlung des Pflichtenmaßes angesprochen. Diese können ebenfalls für eine weitere Begrenzung der Gefahrtragungspflicht nicht bedeutsam sein.¹⁾ Die Widerstandskraft und Aufopferungsfähigkeit hängt nicht von der Verantwortlichkeit der Stellung, sondern von der inneren Einstellung des Pflichtenträgers zu den an ihn gerichteten Sollensforderungen ab. Auf die Überwindung des Selbsterhaltungstriebes zielen aber im Interesse der Einrichtungen, der die Gefahrtragungspflichten dienen, alle Sollensforderungen zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands in gleicher Weise ab.

Die Gefahrtragungspflicht muß ohne Berücksichtigung besonderer objektiver oder subjektiver Eigenschaften des jeweiligen Pflichtenträgers so weit gehen, wie es zur Erreichung des mit der auferlegten Notstandspflicht verfolgten Zwecks erforderlich ist. Das gilt für die Notstandspflichten als Duldungspflichten bei anerkannten Gefahrlagen und auch für die Gefahrtragungspflichten als Erfolgabwehrungs- und Einstandspflichten bei Schutzaufgaben. Im Interesse der Einrichtungen, der die Gefahrtragungspflichten dienen, muß - abgesehen vom Sonderfall des Soldaten - für alle Pflichtenträger einer bestimmten Gruppe von Notstandspflichten das gleiche Pflichtenmaß gelten, dessen Umfang abhängig ist von dem mit der auferlegten Pflicht verfolgten Zweck und das nur von dem Höchstmaß der generell geschuldeten zumutbaren Pflichterfüllung begrenzt wird.

1) vergl. dagegen die rein objektiven Merkmale bei von Weber: Das Notstandsproblem, S. 94; Die Grenzen, S. 8

VII Abschließende Betrachtung

Mit dem zuletzt behandelten Problem des Umfangs und der Grenzen der Notstandspflichten soll die rechtspolitische Untersuchung abgeschlossen sein. Eine erschöpfende Aufzählung aller Fälle ist wegen der Mannigfaltigkeit der einzelnen Lebensverhältnisse unmöglich. Es konnten nur typische Fallgruppen gebildet und allgemeine Grundsätze dafür aufgestellt werden, wann eine Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage gefordert werden muß.

Die Untersuchung führte zunächst zur Ablehnung der Forderung nach Notstandspflichten bei verschuldeter Notstandslage. Durch schuldhaftes Herbeiführen einer Notstandslage erwächst dem Notstandstäter im Hinblick auf das durch die Notstandstat bedrohte Rechtsgut keine besondere Garantenstellung.

Notstandspflichten mußten anerkannt werden, soweit die Not Ausfluß von Rechtseinrichtungen und anerkannten Gefahrlagen ist. Dabei folgte die Notstandspflicht unmittelbar aus dem System der Rechtsordnung.

Den größten Teil der Fälle bildeten die Notstandspflichten als Forderung außerstrafrechtlicher Schutzpflichten. Es war gleichgültig, ob sie mit einer Haupt- oder Nebentätigkeit zusammenhängen. Nach den entwickelten Grundsätzen kann aber entgegen der Auffassung Sauers nicht schon von " Inhabern gehobener Berufe " gefordert werden, eine Notstandslage zu bestehen.¹⁾ Durch den gehobenen Beruf entsteht gegenüber fremden Rechtsgütern noch keine besondere Garantenstellung. Diese ist immer Voraussetzung einer Gefahrtragungspflicht als Schutzpflicht.

1) so aber Sauer, S. 127; vergl. auch die "Verantwortlichkeit der Stellung" und "soziale Exponiertheit" bei Maurach: AT, §34 I A6

Die Tendenz nach erhöhten Pflichten muß zwar bei zunehmendem Verständnis des Individuums als eines sozialen Gemeinschaftswesens stetig wachsen.¹⁾ Deshalb kann Baumgarten nicht Recht gegeben werden, wenn er die Forderung nach Notstandspflichten nur in äußerster Beschränkung erheben will, um das Prinzip des § 54 StGB nicht aufzugeben.²⁾ Die Notwendigkeit einer Regelung darf nicht von einem Prinzip abhängig gemacht werden. Sie muß sich immer nach der sachlichen Problemlage richten. Zielt diese auf gerechte Ergebnisse, so darf sie auch die Grenzen eines Prinzips, hier des Notstandsprinzips, bestimmen.³⁾ Es kann aber eine Notstandspflicht immer nur gefordert werden, wenn sie sich aus einem geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtssatz ergibt. An dem Erfordernis der Rechtspflicht muß festgehalten werden, um sicherzustellen, daß nur die Maßstäbe der Gemeinschaft, nicht aber religiöse oder individuelle ethische Pflichtvorstellungen herangezogen werden dürfen. So weist Würtenberger aus rechtsstaatlichen Gründen darauf hin, daß bei der Transformation von sittlichen, " aus dem Sozialleben erwachsenen Pflichten auch auf die Geltung entsprechender verbindlicher Rechtspflichten " Vorsicht geboten ist.⁴⁾ Nur unter Beachtung dieser Grundsätze kann der Ansicht von Kohlrausch-Lange zugestimmt werden, daß über die Berufspflicht hinaus " jede rechtsethisch begründete Pflicht, deren Erfüllung

1) zu weitgehend: Maurach, Kritik, S. 116. Auch sind historisch bedingte Notstandspflichten feststellbar. Nach Binding dürfte sich niemand in einer Notstandslage auf Kosten der Persönlichkeit der deutschen Fürsten retten: Handbuch, S. 780

2) Baumgarten, Notstand und Notwehr, S. 52

3) vergl. Broglio, S. 50

4) Würtenberger, Rechtsstaatsgedanke, S. 137

normalerweise mit Gefahr verbunden ist, der Berufung auf Notstand-Grenzen " setzt.¹⁾ Treffen Notstandspflichten und Nothilfe aufeinander, so ist ausgehend von der subjektiven Lage des Helfers immer noch darauf abzustellen, ob nach der konkreten Interessenlage ein Angehöriger zugunsten des Gefährdeten in irgendeiner Weise Partei ergreifen darf. Eine Nothilfe darf nicht zu einer schon bestehenden Notstandspflicht des Helfers oder des Gefährdeten in Widerspruch stehen. Ist eine Notstandslage schuldhaft herbeigeführt, so wird die Nothilfe nicht deshalb unzulässig, weil entweder der Nothelfer oder der Gefährdete die Notstandslage verschuldet hat. Umfang und Grenzen der Gefahrtragungspflichten sind nicht für alle Gruppen der Notstandspflichten gleich. Der sichere Tod muß nur bei der Notstandspflicht aufgrund eines Todesurteils oder bei der Notstandspflicht als Einstandspflicht hingenommen werden. Im übrigen trifft den Soldaten die am weitesten gehende Pflicht zur Gefahrtragung. Er darf sich auch dann nicht auf Notstand berufen, wenn die hohe Wahrscheinlichkeit einer Lebensgefahr besteht. Bei allen anderen Trägern von Notstandspflichten als Duldungs- oder Erfolgabwehrungspflichten muß gefordert werden, die Möglichkeit des Lebensopfers auf sich zu nehmen. Welcher Grad an Pflichterfüllung im einzelnen Fall geschuldet wird, hängt nicht von dem sozialen Stand einer Person, ihrer Verantwortungs- oder Widerstandsfähigkeit ab, sondern allein von dem Schutzbedürfnis des bedrohten Rechtsgutes.

1) Kohlrausch-Lange, § 54, Anm. VII

Kapitel 4: Dogmatische Untersuchung

War es Aufgabe der rechtspolitischen Betrachtung zu prüfen, inwieweit das Recht die Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage fordert, so ist es Ziel der folgenden dogmatischen Untersuchung, die gewonnenen Grundsätze im Rechtssystem sichtbar zu machen.

Die Dogmatik will die im geltenden Recht appearingen Begriffe systematisieren. Durch diese Aufgabe ist der Umfang der Darlegungen durch zwei Grenzen festgelegt: Die erste bildet das Gesetz. Ein im Gesetz nicht geltender oder ihm entgegenstehender Begriff kann nicht systematisiert werden. Die Dogmatik ist ganz dem geltenden Recht zugewandt und versucht, Inhalt und Aufbau des geschichtlich gewordenen Rechts zu interpretieren und zu erfassen. Die zweite Grenze bildet das Rechtssystem. Das System der Strafrechtswissenschaft ist nicht nur unter dem formalen Gedanken logischer Ordnung zu verstehen, sondern auch unter " dem teleologischen, welcher die Einheit des Begründungszusammenhangs im System verbirgt." ¹⁾

I Gesetzlich geregelte Notstandspflichten

Zunächst soll untersucht werden, ob das Recht gesetzlich geregelte Notstandspflichten kennt. Diese liegen vor, wenn die Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage und somit die Unanwendbarkeit des Notstandsprinzips in einer Vorschrift unmittelbar ausgesprochen ist. Eine solche Bestimmung könnte zunächst der § 6 WStG sein, nach dessen Inhalt Furcht vor persön-

1) Wolf, Schuldlehre, S. 80; ferner: S. 9, 107, 117; Würtenberger, Die geistige Situation, S. 1

licher Gefahr eine strafbare Handlung nicht entschuldigt. Durch diese Regelung wird die Rechtserheblichkeit einer persönlichen Gefahr für die Willensbildung zu normgemäßem Verhalten nicht anerkannt. Sie steht dem Notstandsprinzip entgegen. Der § 6 WStG stellt eine ausdrückliche Ausnahmegvorschrift zu § 54 StGB dar.¹⁾

Trifft dieser Ausnahmecharakter auch z.B. für § 13 Abs.2 Ersatz G zu ?

Diese Vorschrift verpflichtet den Ersatzdienstpflichtigen, im Dienst Gefahren auf sich zu nehmen, wenn es zur Erfüllung der Aufgaben erforderlich ist. Für den Fall der Zuwiderhandlung droht sie keine Bestrafung wegen des eingetretenen Erfolges an. Die einzigen Strafbestimmungen des Gesetzes über den zivilen Ersatzdienst sind disziplinarischer Art (§§ 26 ff). Insofern entspricht diese Rechtslage der Regelung der Pflichtenstellung des Soldaten allein aufgrund des Soldatengesetzes (§§ 7,12 Sold G). Auch hier zieht die Verletzung der Gefahrtragungspflicht nur die disziplinarische Folge einer Bestrafung als Dienstvergehen nach sich (§ 23 Sold G).

Somit sind von den möglichen Folgen bei Verletzung einer Gefahrtragungspflicht - der Bestrafung wegen des eingetretenen Erfolges unter Ausschluß der Berufung auf den strafrechtlichen Notstand und der Ahndung als Dienstvergehen - bei Vergleich der vorstehenden Vorschriften nur für den Soldaten beide Möglichkeiten ausgesprochen. Die Vorschrift des §6WStG

1) vergl. die Begründung zum Entwurf eines Wehrstrafgesetzes: Verh., 2. DBT, Bd. 47, Drucks. 3040, S.18; Dreher-Lackner-Schwalm, § 6, Rdn.1. Diese Folge mußte auch für den fast inhaltsgleichen § 49 Abs.1 MStG gezogen werden. Vergl. für viele: Liszt-Schmidt, S.293; Frank, Komm., § 54, Anm. IV; Schwinge, vor§48, Anm. II 1

hat gegenüber der Regelung der Gefahrtragungspflicht aufgrund des Soldatengesetzes eigenständige Bedeutung. Da eine entsprechende Norm für den Ersatzdienstpflichtigen fehlt, kann die bloße Bestimmung über die Gefahrtragungspflicht in § 13 Abs.2 Ersatz G noch nicht als unmittelbare gesetzliche Regelung des Ausschlusses des Notstandsprinzips angesehen werden.

Wendet man sich anderen Personengruppen zu, denen gegenüber die Forderung zum Bestehen einer Notstandslage erhoben wurde, so sucht man über die Pflichtnorm hinaus vergebens nach einer dem § 6 WStG entsprechenden, den strafrechtlichen Notstand ausdrücklich ausschließenden Vorschrift.

Allerdings besteht für den früher in Kraft gewesenen § 34 See O eine gegenteilige Meinung. Nach ihr gilt diese Vorschrift als ein ebenso unmittelbarer Ausschluß des Notstandsgedankens wie die ebenfalls ehemalige Regelung nach § 49 Abs.1 MStG.¹⁾

Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich schon aus dem klaren unterschiedlichen Inhalt der beiden gleichbewerteten Vorschriften. Der § 34 See O bestimmte erst Gefahrtragungspflichten, während § 49 Abs.1 MStG sie schon voraussetzte und als besondere strafrechtliche Folge ihrer Verletzung den Ausschluß der Berufung auf Notstand aussprach. Da das gleiche Verhältnis auch zwischen den §§ 29 Abs.2 bis 4, 109 See G und § 6 WStG besteht, ist es mißverständlich, diese Vorschriften nebeneinander und ohne Hinweis auf ihre verschiedenen Aufgaben als Beispiele für den Ausschluß des Not-

1) für viele: Liszt-Schmidt, S.293; Henkel, Der Notstand, S. 131, 132; Siegert, S. 56; Frank, Komm., § 54, Anm. IV

standsprinzips zu nennen.¹⁾

So stehen nicht die §§ 29 Abs. 2 bis 4, 109 See G mit der Vorschrift des § 6 WStG auf einer Ebene, sondern allein erstere Bestimmungen und die Pflichtnormen nach den §§ 7, 12 Sold G .

Als Ergebnis ist festzuhalten:

Hinsichtlich bestimmter Personengruppen kann mangels entsprechender Normen allein für den Soldaten der Ausschluß des Notstandsprinzips auf eine ausdrückliche Vorschrift gestützt werden (§ 6 WStG). Darüber hinaus besteht nur noch ein Ausschluß der Berufung auf den strafrechtlichen Notstand. Dieser gilt für alle Personen und ist unmittelbar in § 54 StGB durch die negative Bestimmung enthalten, daß der Notstand unverschuldet sein muß.

II Die strafrechtliche Verbindlichkeit der übrigen Gefahrtragungspflichten

1) Die Unzulässigkeit einer Analogie zu § 6 WStG

Um der rechtspolitischen Forderung nach der strafrechtlichen Verbindlichkeit aller Gefahrtragungspflichten gerecht werden zu können, ist zunächst an eine sinngemäße Anwendung des § 6 WStG zu denken. Das würde bedeuten, den hinter dieser Vorschrift stehenden gesetzgeberischen Gedanken der Verbindlichkeit soldatischer Gefahrtragungspflichten über die Fallgestaltung für den Soldaten hinaus in vollem

1) so aber Schönke-Schröder, § 54, Rdn. 3; Mezger-Blei, Studienbuch, S. 197; vergl. auch Welzel für das Verhältnis von § 6 WStG zu den §§ 34, 41 See O : Das Deutsche Strafrecht, S. 162

Umfang zur Geltung zu bringen.

Hauptsächlich in der älteren Literatur wird die Auffassung vertreten, mangels ausdrücklicher Regelung sei über die gesetzlich bestimmten Fälle hinaus wegen des Grundsatzes restriktiver Auslegung von Ausnahmebestimmungen sowie wegen des Analogieverbotes im Strafrecht eine Verbindlichkeit weiterer Gefahrtragungspflichten als Notstandspflichten abzulehnen.¹⁾

Es erscheint auch fraglich, ob durch Analogie zur Regelung des § 6 WStG die unmittelbare strafrechtliche Verbindlichkeit der übrigen Gefahrtragungspflichten als Notstandspflichten hergeleitet werden kann. Eine Analogie zuungunsten des Täters ist im Strafrecht grundsätzlich bedenklich. Wegen der persönlichkeitsbezogenen Natur der Strafe besteht ein besonderes Rechtssicherheits- und Schutzbedürfnis. So kann nur eine Tat, deren Strafbarkeit vor ihrer Begehung gesetzlich bestimmt ist, mit Strafe belegt werden (§ 2 Abs.1 StGB, Art. 103, Abs.2 GG). Das bedeutet, daß jede Begründung oder Erweiterung der Strafbarkeit durch Analogie unzulässig ist.²⁾

Die Zulässigkeit der vorstehenden Analogie hängt davon ab, ob sich das Analogieverbot auch auf den Ausschluß der für den Täter günstigen strafrechtlichen Notstandsbestimmungen bezieht.

Eine Strafbarkeit wird nicht nur durch Tatbestandsbeschreibung, sondern auch durch Rechtswidrigkeits- und Schuldmomente festgelegt. Sie ist deswegen nur dann gesetzlich bestimmt, wenn sich aus dem Gesetz auch das ausnahmsweise Nicht

1) Baumgarten, Notstand und Notwehr, S. 51, Anm.2; Liszt-Schmidt, S. 293; Henkel, Der Notstand, S. 132; Frank, Komm., § 54, Anm. IV; Mezger, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 367

2) für viele: Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 20; Maurach, AT, § 10 II C 1; LK, Jagusch, § 2, Anm. I 1b aa, S. 54

eingreifen von gesetzlich geregelten Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen ergibt.

Eine analoge Anwendung der gesetzlich geregelten Notstandspflicht für den Soldaten z.B. auf den Seemann oder Polizeibeamten würde zwar wegen des bloßen Ausschlusses der strafbefreienden Notstandsvorschriften nicht strafbegründend sein. Die Strafbegründung erwächst allein aus der Verwirklichung eines Tatbestandes. So kann der Strafanspruch bei Eingreifen eines Entschuldigungsgrundes wieder entfallen, nicht durch Ausschluß eines Entschuldigungsgrundes neu begründet werden. Eine Analogie würde aber strafferweiternd sein. Sie müßte sich über die generelle Strafbefreiung bei Vorliegen der Notstandsvoraussetzungen hinwegsetzen und zur Bestrafung einer Handlung führen, die nach den Notstandsbestimmungen grundsätzlich straflos ist. Daraus folgt notwendig ein Analogieverbot auch im Zusammenhang mit Vorschriften des Allgemeinen Teils insoweit, als sie nicht in Anlehnung an Sonderregelungen in anderen Bestimmungen außer Kraft gesetzt werden dürfen. Verboten ist eine an anderen Normen ausgerichtete Bestrafung von Handlungen, die zwar unter einen gesetzlichen Tatbestand fallen, aber nach den Notstandsbestimmungen grundsätzlich straflos sind.¹⁾

Damit liegen die Voraussetzungen eines Analogieverbots vor. Der unmittelbare Ausschluß des Notstandsprinzips für die Personen, die nach der rechtspolitischen Untersuchung zur Gefährtragung verpflichtet sind, kann nicht auf die ausdrückliche Regelung für Soldaten (§ 6 WStG) gestützt werden. Ob darüber hinaus die Unan-

1) vergl. von Hippel, Deutsches Strafrecht, S. 37, Anm.2; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 20 ff; Baumann, Lehrbuch, S.104

wendbarkeit strafbefreiender Vorschriften in bestimmten Fällen gewohnheitsrechtlich aus dem Zusammenhang des Rechtssystems erfolgen kann, hat mit dem hier allein behandelten Problem der gesetzlich bestimmten Strafbarkeit und dem Analogieverbot zuungunsten des Täters nichts zu tun ¹⁾ und soll nun geprüft werden.

2) Die Notstandspflicht als immanente Schranke des Notstandsprinzips

a) Die verschiedenen Ansichten

Die herrschende Meinung geht - teilweise ohne besondere oder eingehende Begründung ihrer Ansicht - trotz Fehlens entsprechender gesetzlicher Regelungen von der Verbindlichkeit aller Gefahrtragungspflichten als Notstandspflichten aus.²⁾ Dabei müssen grundsätzlich zwei Richtungen unterschieden werden. Die eine beruft sich auf die jeweils vertretene Ansicht über den Grund der Straflosigkeit einer Notstandshandlung, während die andere eine selbständige Begründung für die Verbindlichkeit

-
- 1) vergl. grundsätzlich: Schönke-Schröder, § 2, Rdn. 29; LK, Jagusch, § 2, Anm. I 2c, S. 56
- 2) vergl.: Binding, Handbuch, S. 782; Köhler, S. 38; Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S. 370 ff; Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S. 195; Mayer, M.E., S. 302, Anm. 6; Broglio, S. 50 ff; Goldschmidt, Der Notstand, S. 182; von Weber, Das Notstandsproblem, S. 91 ff; von Hippel, Lehrbuch, S. 116, Anm. 9; Henkel, Festschrift, S. 293 ff; Sauer, S. 127; Siegert, S. 55, 56; Weimar, S. 109, 110; Baumann, AT, S. 415; Maurach, AT, § 34 I A 6; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 162; Mezger-Blei, Studienbuch, S. 197; Arndt, Herbert, S. 95 ff; Figge, Sp. 180; Olshausen, Komm., 12. Aufl., § 54, Anm. 4; LK, Jagusch, § 54, Anm. 2d, S. 416, 417; Kohlrausch-Lange, § 54, Anm. VII; Dreher-Lackner-Schwalm, § 6, Rdn. 1; Schönke-Schröder, § 54, Rdn. 3; Petters-Preisendanz, § 54, Anm. 4; Schwarz-Dreher, § 54, Anm. 5; RG St 72, 246 ff; OGH BrZ, Bd. 3, S. 130; OLG Tübingen, NJW 1948, S. 701; OLG Freiburg, HEST, Bd. 2, 202; BGH NJW 1964, S. 730 ff

der Notstandspflichten sucht.

Hier soll zunächst die Ansicht Bindings erwähnt werden. Er begründet die Verbindlichkeit der im Gesetz nicht geregelten Notstandspflichten mit der " bona fides ". Gegen sie würde verstoßen, " wollte die Rechtsordnung die Verletzung der übernommenen Verbindlichkeit aus Angst vor der Gefahr für unverbundene Notstandshandlung erklären."¹⁾

Diese Begründung kann nicht überzeugen. Binding versucht zwar die Verbindlichkeit der Gefahrtragungspflicht als Notstandspflicht unmittelbar aus dem System der Rechtsordnung zu begründen. Die bloße Berufung auf die bona fides ist aber zu schwach, um eine so eingreifende Rechtseinrichtung wie die Notstandspflicht für geltendes Recht zu erklären. Böhm sieht die Gefahrtragungspflichten als Folge " rechtswidriger " oder " verwirkter " Interessen an. Nach seiner Auffassung kommt grundsätzlich jedem Rechtsgut eine " Wehrhaftigkeit " zu. Diese entfalle dann, wenn Rechtsgüter entweder wie bei einer Verurteilung zum Tode einem gesetzten Recht zur Vernichtung verfallen sind, oder wenn gewissen Personen wie den Soldaten oder Seemännern das Bestehen der Gefahr aufgrund einer gesetzlichen Pflicht vorgeschrieben ist.²⁾

Eine ähnliche Ansicht vertritt auch Oetker, soweit er von einer auf dem Rechtsgut ruhenden Duldungspflicht gegenüber bestimmten Einrichtungen spricht. In diesem Fall sei das Rechtsgut dinglich belastet und der entsprechenden Rechtsverfolgung gegenüber nicht im Notstand.³⁾

Auch mit Hilfe dieser Meinungen läßt sich die

1) Binding, Handbuch, S. 782

2) Böhm, S. 52; vergl. auch Binding, Handbuch, S. 779, 780

3) Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S. 370, Anm. 1

strafrechtliche Verbindlichkeit von Gefahrtragungspflichten nicht begründen. Indem Böhm und Oetker ihre Lösungen nicht in das Notstandsprinzip einbeziehen oder aus ihm ableiten, müssen sie den Grund für die Durchbrechung des Notstandsgedankens und damit für die strafrechtliche Verbindlichkeit der Gefahrtragungspflichten schuldig bleiben. Eine solche Verbindlichkeit kann nur angenommen werden, wenn sie sich unter Beachtung der im Strafrecht in bestimmten Grenzen zulässigen Auslegung systemgetreu aus dem Recht ableiten läßt. Überwiegend werden daher auch zur Begründung der strafrechtlichen Geltung der Gefahrtragungspflichten Ansichten vertreten, die unmittelbarer Ausdruck einer bestimmten Notstandstheorie sind. Dabei muß es sich notwendig um eine Entscheidung handeln, die sich durch Zurückgehen auf das (jeweils vertretene) Prinzip des Notstands ergibt.¹⁾ Das trifft auch für Oetker zu, soweit er neben der auf dem Rechtsgut ruhenden Duldungspflicht Notstandspflichten im eigentlichen Sinne kennt.²⁾ Bei diesen Notstandspflichten liege der Grund für die Gefahrtragungspflicht in einer Höherbewertung des durch den Notstandsakt betroffenen Gutes gegenüber dem bedrohten Gut.³⁾ Diese Auffassung Oetkers entspricht einer Notstandstheorie, die nach objektiven Merkmalen Unvermeidbarkeit und Zumutbarkeit der Notstandshandlung bestimmt.⁴⁾ Auch bei Nagler-Jagusich als grundsätzlichen Gegnern der Motivationstheorie⁵⁾ findet sich eine solche Grundeinstellung. Nach ihr kann

1) so ausdrücklich: Broglio, S. 50, Anm.6; Mayer, M.E., S. 302, Anm.6, auf S. 303; Weimar, S. 109, 110

2) Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S. 370, Anm.1

3) Oetker, Notwehr und Notstand, Festgabe, S. 369

4) Oetker, Notwehr und Notstand, Festgabe, S. 383

5) LK, Nagler-Jagusich, § 54, Anm. I 1C, S. 376, 377

durch außerstrafrechtliche Pflichten das Wertverhältnis der kollidierenden Rechtsgüter oder Rechtspflichten so beeinflusst werden, daß das Selbsterhaltungsinteresse des Einzelnen gegenüber dem Interesse an der Unverletzlichkeit fremder Rechtsgüter zurücktreten muß.¹⁾

Ferner erörtert Maurach noch in seiner "Kritik der Notstandslehre" das Problem der Notstandspflichten unter dem Gesichtspunkt der "rechtlichen Wertschätzung der kollidierenden Interessen". Allerdings räumt er diesem Wertverhältnis nicht die ausschließliche Entscheidung ein.²⁾ Verständlich wird diese frühere Betrachtungsweise Maurachs aus seiner heute noch vertretenen grundsätzlichen Einstellung zum strafrechtlichen Notstand, den er wegen des seiner Meinung nach rein objektiven generalisierenden Gehalts dogmatisch in den Bereich der Tatverantwortung verweist.³⁾

Diese Lösungsversuche sind den gleichen Einwendungen ausgesetzt wie den ihnen zugrunde liegenden objektiven Notstandstheorien.⁴⁾ Da der strafrechtliche Notstand kein Fall der Interessenkollision ist und damit eine Güterabwägung im Sinne der Wertkollisionstheorien das Notstandsproblem nicht zu lösen vermag, kann auch durch Gefahrtragungspflichten keine Veränderung der rechtlichen Wertschätzung der kollidierenden Interessen mit der Folge des Ausschlusses der Berufung auf den strafrechtlichen Notstand eintreten.

Eine Sonderstellung nimmt Siegert ein. Nach seiner Meinung bestimmt das Gesetz durch eine

1) LK, Nagler-Jagusch, § 54, Anm. III 1g, S. 381

2) Maurach, Kritik, S. 111 sowie Anm. 474

3) Maurach, ebenda, S. 88; Schuld und Verantwortung, S. 37 ff, 43; AT, § 33 I A b; vergl. die Darstellung auf S. 37

4) vergl. die Ausführungen auf S. 40 ff

vor die Pflichtnorm gesetzte Bewertungsnorm " das Wertverhältnis in bindender Weise ", wenn es etwa " dem Soldaten und Seemann die unbedingte Gehorsampflicht auferlegt."¹⁾

Diese von einer Bewertungsnorm ausgehende Ansicht Siegerts als einem Anhänger der subjektiven Notstandstheorie ²⁾ ist dogmatisch fragwürdig. Es bleibt abgesehen von den gegen jede Wertschätzung in diesem Zusammenhang schon vorgebrachten Einwänden unerklärlich, woher diese besondere Bewertungsnorm kommen und wie sie auf die Pflichtnorm zu rechtmäßiger Willensbildung einwirken soll. Es muß vielmehr an der Auffassung festgehalten werden, nach der es nur eine Bewertungsfunktion der Norm mit der aus ihr folgenden gleich bedeutsamen Bestimmungsfunktion gibt.³⁾

Die meisten Anhänger der Auffassung, nach der die Verbindlichkeit der Gefahrtragungspflichter als Notstandspflichten schon unmittelbar aus dem Grundgedanken des Notstandsprinzips folgt, vertreten die für die Lösung aller Notstandsprobleme zutreffende herrschende subjektive Notstandstheorie. Ob das nach der subjektiven Notstandstheorie dargestellte Notstandsprinzip die Notstandspflicht als immanente Schranke enthält, kann erst nach erneuter Untersuchung und Auslegung dieses Prinzips entschieden werden.

Auslegung bedeutet nicht nur Ermittlung des maßgebenden Sinnes eines einzelnen Gesetzes zum Zwecke der Anwendung auf bestimmte Einzelfälle. Sie beinhaltet auch Feststellen der Regeln, die als der Rechtsordnung immanent aus dieser entwickelt werden können. Deswegen ist Auslegung eines Strafgesetzes selbst dann zulässig, wenn sie zum Nachteil des Täters

1) Siegert, S. 56

2) Siegert, S. 41, 42

3) vergl. die Ausführungen auf S. 43

ausschlägt.¹⁾ Dabei ist es ferner bedeutungslos, ob die Auslegung einschränkend oder ausdehnend ist. Allein auf eine " richtige Interpretation " kann es ankommen.²⁾ Im letzten Grunde ist jede Auslegung wertende Tätigkeit, weil das Recht das Ergebnis menschlicher Wertung ist.³⁾

b) Die soziale Betrachtung des Notstandsprinzips

Das Notstandsprinzip ist dadurch gekennzeichnet, daß das Recht in Anerkennung der Macht des Selbsterhaltungstriebes die Pflicht zu normgemäßer Willensbildung bei einer Leibes- oder Lebensgefahr aufhebt.⁴⁾ Eine individualistische Betrachtung würde bei diesem Ergebnis stehen bleiben und wegen der allgemeinen Fassung der strafrechtlichen Notstandsbestimmungen dem seelischen Druck des an Leib oder Leben Gefährdeten stets den Vorrang vor der Motivationskraft der Rechtsbefehle geben. Es scheint fraglich zu sein, ob es dem Sinn der Rechtsordnung entspricht, bei Leibes- oder Lebensgefahr jedem Täter die gleiche rechtserhebliche und somit anormale Motivation zuzubilligen. Gerade bei der Lösung des Notstandsproblems muß man der Tatsache des nie ganz auszugleichenden Widerstreits Rechnung tragen, in den der Einzelne in seiner doppelten Eigenschaft als " Individualperson " und

1) BGH St 6, 133; OLG Hamburg, NJW 1958, S. 1246; vergl. zur Zulässigkeit der Auslegung im Strafrecht: B Verf G, Bd. 4, S. 352 ff, 358; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 20; Jost S. 361;

2) Schöнке-Schröder, § 2, Rdn. 42; Maurach, AT, § 9, A 1; Jost, S. 362

3) vergl. Mezger-Blei, Studienbuch, S. 26; ferner: Maurach, AT, § 9, A 1: " Auslegung ist ... Wertausfüllung "; ebenso: Jost, S. 365

4) vergl. die Ausführungen auf S. 44 ff

" Sozialperson " gerät. Die Natur der " Individualperson " verlangt, den Selbsterhaltungstrieb unumschränkt anzuerkennen. Dieser stellt keineswegs eine negative Seite der menschlichen Natur dar. Maurach nennt ihn das " Schwungrad der Kulturentwicklung."¹⁾ Inwieweit eine Rechtsordnung dem Selbsterhaltungstrieb durch Bestimmungen über den strafrechtlichen Notstand Rechnung trägt, hängt von der Geltungskraft der Rechtsnormen und von dem objektiven Geist des Rechtssystems ab. Ob sich die motivierende Kraft der Normen gegenüber der Macht des Selbsterhaltungstriebes in einem bestimmten Einzelfall oder wenigstens in der Regel durchsetzen kann, ist dabei für das Rechtsgeltungsproblem bedeutungslos und braucht in diesem Zusammenhang nicht weiter untersucht zu werden. Die Geltung der Normen ist von ihrer tatsächlichen Wirksamkeit nicht abhängig. Als geistige Kraft ist sie rein normativer Natur.²⁾ Aber auch logisch ist der Geltungsanspruch der Normen das Primäre. Die tatsächliche Wirksamkeit im sozialen Leben setzt die Geltung der Rechtssätze bereits voraus und kann sie nicht erst begründen.³⁾ Wer mit der hier vertretenen Auffassung von der sozialen Stellung des Menschen und von dessen sozialen

1) Maurach, Kritik, S. 94

2) vergl. Schaffstein, S. 37 ff; Larenz, S. 9, 13 ff, 16, 23; Wolf, Krisis, S. 27. Während Larenz an den " objektiven Idealismus " Hegels anschließt, bezieht sich Wolf auf den Neukantianismus. Wegen der normativen Geltungskraft der Rechtssätze müssen alle die subjektiven Notstandstheorien unzutreffend erscheinen, die gegenüber dem Selbsterhaltungstrieb die Wirkungslosigkeit der Strafrechtsnormen behaupten. Dabei gehen alle Theorien von der Unwirksamkeit des Strafgesetzes in einer Notstandslage auf Kant zurück. Mit Recht weist Böhm auf den Widerspruch hin, in dem diese Auffassung zu dem gleichzeitig von Kant aufgestellten kategorischen Imperativ stehen muß: Böhm, S. 29

3) Larenz, S. 14

Aufgaben ausgeht, braucht dem Selbsterhaltungstrieb nicht die gleiche Bedeutung wie bei einer individualistischen Betrachtung beizumessen. Dabei kann es nicht um eine Preisgabe von Persönlichkeitsrechten gehen, sondern lediglich um den Hinweis auf die Begrenzung dieser Rechte entsprechend den Forderungen der durch die Gemeinschaftsordnung bedingten Lebensnotwendigkeiten. Auch muß dem möglichen Mißverständnis vorgebeugt werden, als handele es sich doch um eine Art Bewertung der sich in Widerstreit befindenden Interessen und um ein Problem des Unwertgehalts der Notstandshandlung.¹⁾ Ausgangspunkt für den Rechtsgrund der Straflosigkeit der Notstandshandlung bleibt die besondere Motivationslage. In ihr befindet sich nicht der Mensch als " Individualperson ", sondern als " Sozialperson ".

Eine weit verbreitete Meinung geht dagegen von einem " normalen Menschen ", " Staatsbürger ", " Durchschnittsstaatsbürger " oder " Durchschnittsmenschen " aus.²⁾

Der Begriff des Durchschnittsmenschen (und so weiter) ist in diesem Zusammenhang abzulehnen. Er muß als Erkenntnisfaktor für die Sollensforderungen des Rechts durch die Rücksichtnahme auf die " durchschnittliche Schwäche " notwendig zu einer Nivellierung des Verhaltensmaßstabs führen.³⁾ Vor allem ist aber der Begriff der Sozialperson normativ zu verstehen. Er verweist auf die allgemeine soziale Stellung des Menschen innerhalb der Gemeinschaft. Aufgrund einer besonderen sozialen Stellung können aber einem Menschen gemäß

1) so aber Oehler, S. 490

2) für viele: Liszt-Schmidt, S.284; Siegert, S. 52; Marcetius, S. 41

3) vergl. Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S.190, Anm.3; Maurach, Kritik, S. 151; Schaffstein, S. 44; Wolf, Krisis, S. 40

anerkannten rechtlichen Forderungen besondere Pflichten erwachsen. Aus der sozialen Stellung einer Person ergibt sich somit ihre allgemeine Sozialpflichtigkeit, die bei Vorliegen bestimmter besonderer Umstände zur konkreten Pflicht werden kann.¹⁾ Dagegen sind die Begriffe normaler Staatsbürger, Durchschnittsstaatsbürgertyp und Durchschnittsmensch weitgehend wertfrei. Sie sollen und können den Begriff einer Pflicht oder Pflichtigkeit nicht beinhalten.

Nach der hier vertretenen sozialen Betrachtung ist Täter einer Notstandshandlung jeweils nur der Täter als " Sozialperson ". Dieser Personsgedanke bedeutet letztlich eine Umformung des Täterbegriffs.²⁾

c) Die Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage als Folge einer besonderen Sozialpflichtigkeit

Nach dem Ergebnis der rechtspolitischen Untersuchung sind die Gefahrtragungspflichten Ausfluß der besonderen Stellung eines Menschen im sozialen Leben. Sie geben damit der allgemeinen Sozialpflichtigkeit einer Person einen bestimmten Inhalt. Dieser ist bei allen Gefahrtragungspflichten gleich und führt zur besonderen Sozialpflichtigkeit: zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben der eigenen Person oder der eines Ange-

1) Ähnlich: Wolf, wenn er von der Pflicht entsprechend " der jeweiligen sozial-ständischen Situation " spricht. Wolf, Krisis, S. 40

2) vergl auch Jescheck, nach dessen Auffassung das Recht im Hinblick auf die Forderung des Gemeinwohls die höchstpersönlichen Anforderungen an den Menschen je nach dessen Stellung in der Gemeinschaft geltend macht: Jescheck, Aufbau und Stellung, S. 478. An anderer Stelle spricht Jescheck von der " Pflichtgebundenheit des Menschen ": Jescheck, Das Menschenbild, S. 11. Ähnlich: Würtenberger, Zur Problematik, S. 212

hören darf eine Notstandshandlung nicht vorgenommen werden.

Dieser besonderen " Sozialpflichtigkeit " steht das auf der Macht des Selbsterhaltungstriebes aufbauende Notstandsprinzip entgegen. Da die Interessen der " Individualperson " wegen der gleichzeitigen Stellung der Person als " Sozialperson " zurückgesetzt werden müssen, ist die Lösung des Konflikts vorgezeichnet. Es würde den Forderungen der Gemeinschaftsordnung widersprechen, einer Person das Notstandsprinzip entgegen ihrer besonderen sozialen Pflichtenstellung zur Gefahrtragung zuzubilligen.

Trifft einen Täter die Pflicht zur Gefahrtragung, so kann für ihn wegen der nunmehr bestehenden besonderen " Sozialpflichtigkeit " in diesem Bereich das Notstandsprinzip nicht gelten. Er steht von vornherein außerhalb des Kreises der möglichen Notstandstäter. Damit enthält das Notstandsprinzip eine immanente Schranke. Zu seinem Eingreifen gehört als negative Voraussetzung das Fehlen der besonderen " Sozialpflichtigkeit ", eine Gefahr für Leib oder Leben der eigenen Person oder der eines Angehörigen bestehen zu müssen.

Nach dieser Feststellung kann nunmehr das Notstandsprinzip endgültig bestimmt werden. Es lautet unter Berücksichtigung seiner immanenten Schranke: Das Recht billigt einem Täter oder Teilnehmer bei einer Gefahr für Leib oder Leben der eigenen Person oder der eines Angehörigen anormale Motivation zu, wenn nicht die Notstandshandlung oder Teilnahmehandlung der besonderen " Sozialpflichtigkeit " zur Gefahrtragung widerspricht.

Aus der Einschränkung des Notstandsprinzips bei einer besonderen " Sozialpflichtigkeit " folgt weiter: Gilt das Notstandsprinzip für einen Täter (Teilnehmer) nicht, so muß er

zum Bestehen der Notstandslage verpflichtet sein. Damit steht die Verbindlichkeit aller Gefahrtragungspflichten als Notstandspflichten aufgrund der immanenten Schranke des Notstandsprinzips fest.¹⁾

III Die dogmatische Zuordnung der Notstandspflichten

Nachdem von der strafrechtlichen Verbindlichkeit der Gefahrtragungspflichten als Notstandspflichten ausgegangen werden kann, ist lediglich noch die Frage nach der systematischen Klärung und Behandlung der Notstandspflichten offen.

1) Das Verhältnis der allgemeinen Bestimmungsfunktion der Norm zur Notstandspflicht

Die Verpflichtung zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands kann nur im Zusammenhang mit dem an die " Sozialperson " gerichteten Normbefehl zu rechtmäßiger Willensbildung ausgesprochen werden. Dabei sind zwei Möglichkeiten zu beachten:

Die Notstandspflicht könnte einmal als selbständige Pflichtnorm gedacht werden. In diesem Fall müßte die einer besonderen " Sozialpflichtigkeit " einer Person entnommene Pflicht Folge einer außerhalb der allgemeinen Bestimmungsfunktion der Norm liegenden Sollensforderung sein. Die Notstandspflicht könnte auch als Ausschluß der Aufhebung der bestimmenden Sollensforderung im Falle anormaler Motivierung und damit wieder als die ursprüng-

1) so ausdrücklich nur: Weimar, S. 110; vergl. im übrigen die Literaturangaben auf S. 180, Anm.2

liche Sollensforderung dargestellt werden.

Die Lösung des Problems hängt davon ab, ob normale Motivierung immanente Beschränkung einer allgemeinen Bestimmungsfunktion der Norm ist oder ob bei anormaler Motivierung die einzig bestehende Sollensforderung aufgehoben wird. Bezogen auf die Schuld wäre im ersten Fall die normale Motivierung positives und im zweiten Fall die anormale Motivierung negatives Schuldmerkmal. Dabei darf es nicht scheinen, als handele es sich um die rein technische Frage der Regelung des Verhältnisses von Regel und Ausnahme. Es geht vielmehr um das schon behandelte Problem der rechtlichen Begründung und Aufhebung der bestimmenden Sollensforderung. Nach der hier vertretenen Auffassung wird die Pflicht zu normgemäßer Willensbildung nicht infolge einer besonderen bestimmenden Sollensnorm, sondern schon infolge der allgemeinen Rechtsnorm (Bewertungsnorm) als Ausfluß ihrer Bestimmungsfunktion begründet und unter den Voraussetzungen des strafrechtlichen Notstands wieder aufgehoben. Daraus folgt für das vorliegende Problem:

Die Notstandspflicht kann sich als Ausschluß der Berufung auf das Notstandsprinzip nur wieder als die ursprüngliche, aus der gleichbleibenden Bewertungsfunktion der Norm abzuleitende Sollensforderung zu rechtlicher Motivation darstellen. Es ist nicht möglich, sie als selbständige zu der Norm von außen hinzutretende Pflicht anzuerkennen. Die Notstandspflicht kann nur von vornherein in der Norm enthalten sein. Damit verbietet sich auch jede Betrachtung der Notstandspflichten im Zusammenhang mit der Bewertungsnorm sowie unter dem Gesichtspunkt eines veränderten Wert-

konflikts.¹⁾ Die Notstandspflicht erscheint als unaufhebbare Pflicht zu rechtmäßiger Willensbildung. Sie hat sowohl positive als auch negative Funktion. Indem sie das Notstandsprinzip ausschließt, schließt sie gleichzeitig die Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage ein.

2) Die Zumutung zum Bestehen einer Notstandslage

Es entspricht allgemeiner Auffassung, die Notstandspflichten im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit zu betrachten.²⁾ Diese Meinung ist eine notwendige Folge der Erkenntnis, daß der strafrechtliche Notstand ein Problem der

1) vergl. jedoch LK, Nagler-Jagusch, § 54, Anm. III 1g, S. 381; Siegert, S. 56; Maurach, Kritik, S. 111 sowie Anm. 474. Dagegen ist es eine andere Frage, ob bei Fällen des übergesetzlichen rechtfertigenden Notstands innerhalb der notwendigen Güterabwägung der Abwägungsmaßstab durch eine besondere soziale Pflichtenstellung im dargelegten Sinn beeinflusst werden kann. Diese Möglichkeit einer Steigerung von Aufopferungspflichten muß auch in diesem Zusammenhang grundsätzlich anerkannt werden. Vergl.: Siegert, S. 36; Mezger-Blei, Studienbuch, S. 134; Maurach, AT, § 27 II 5b; Baumann, Lehrbuch, S. 237; Dreher-Lackner-Schwalm, § 6 Rdn.17. Verschiebt sich das Wertverhältnis zuungunsten des in Not befindlichen Rechtsgutsträgers, so könnte man im Gegensatz zu der Notstandspflicht als Ausschluß des strafrechtlichen Notstands von einer Notrechtspflicht als Ausschluß des rechtfertigenden Notstands sprechen. Vergl. zum Begriff der Notstandspflicht auch Anm.1 auf S. 26

2) vergl.: Goldschmidt, Der Notstand, S. 183; Henkel, Zumutbarkeit, S. 293, 301 ff; Herzbruch, S. 31; Marcetius, S. 70; von Weber, Grundriss, S. 125, 126; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 162; Maurach, AT, § 34 I A6; Schwalm, Niederschriften, Bd.2, S. 149; Schönke-Schröder, § 52, Rdn.2, § 54, Rdn.3; LK, Jagusch, § 54, Anm.2d, S. 416; Kaufmann S. 153; RG St 72, 246 ff, 249; OLG Hamm, MDR 1949, S. 185; OLG Kiel, SJZ 1947, Sp. 323 ff, 330; OLG Freiburg, HEST, 2, S.202

Schuld ist, für deren Zurechnung die Zumutbarkeit rechtmäßiger Willensbildung ausschlaggebend ist.

Sind auch die Notstandspflichten nach herrschender Meinung ein Problem der Zumutbarkeit im Rahmen der Schuld ¹⁾, so ist doch trotz dieser generellen Zuordnung noch keine eindeutige dogmatische Klärung gegeben. Was das Recht zumutet, darüber sagt der Begriff der Zumutbarkeit nichts aus. Mit ihm werden zum Teil sehr unterschiedliche Auffassungen verbunden, von denen nur einige angeführt werden sollen.

Goldschmidt versteht unter dem von ihm gerade aus dem strafrechtlichen Notstand entwickelten Begriff der Zumutbarkeit ein vom subjektiven Maßstab beherrschtes Prinzip zur "pflichtgemäßen Berücksichtigung der einander gegenüberstehenden Interessen."²⁾ Nach Marcetius soll sich innerhalb des Notstandsproblems die Zumutbarkeit nach der Stärke der Motive sowie nach einem generellen, dem Durchschnittsverhalten entnommenen Maßstab richten.³⁾ Von Weber bestimmt die Grenzen der Zumutbarkeit je nach Bedeutung der zu erfüllenden

1) Nach Hellmuth Mayer als einem Gegner der Differenzierungstheorie (Strafrecht, S. 191, Anm. III) findet dagegen " eine Güterabwägung nach dem Maßstab der Zumutbarkeit statt (a.a.O., S. 189, Anm. II 1a). Vergl. auch den objektiven Zumutbarkeitsbegriff Maurachs als Folge der Zuordnung des strafrechtlichen Notstands zur besonderen Deliktsstufe der Tatverantwortung (AT, § 34 I A6 in Verbindung mit § 33 I Ab). Früher wandte sich Maurach bei grundsätzlich gleicher Betrachtungsweise gegen die Ansicht, die das Problem der Notstandspflichten unter der Fragestellung der Zumutbarkeit behandelte: Kritik, S. 111, Anm. 474

2) Goldschmidt, Der Notstand, S. 183, 190

3) Marcetius, S. 46, 61 ff, 70

Pflicht und stellt den Grundsatz voran:
" Du kannst, denn du sollst." ¹⁾ Nur als regulatives, nicht als normatives Prinzip erkennt Henkel den Begriff der Zumutbarkeit an. Er hält ihn als Hinweis dafür geeignet, daß das normative Schulselement jeweils erst nach objektivem Maßstab durch Feststellung des Maßes der konkreten Pflichtanforderung ermittelt werden kann. ²⁾

Diese angedeutete Meinungsverschiedenheit über Inhalt und Aufgabe des Begriffs der Zumutbarkeit ³⁾ ist wegen des notwendigen Zusammenhangs von Notstands- und Schuldproblemen ein Spiegelbild des uneinheitlichen normativen Schuldbegriffs. Deswegen muß auch die dogmatische Erfassung der Notstandspflichten letztlich von dem Verständnis der Schuld abhängen.

Nach Eberhard Schmidt handelt es sich bei den Notstandspflichten um einen gesetzlichen " Ausschluß der Berücksichtigung des normativen Elements". Er stellt den gesetzlichen Vermutungen der Nichtzumutbarkeit rechtmäßigen Handelns die Vermutung der Zumutbarkeit pflichtgemäßen Verhaltens gegenüber. ⁴⁾

Dieser Ansicht widerspricht ausdrücklich Siegert. Er sieht die Notstandspflichten als Fälle " gesteigerter Zumutbarkeit " an. ⁵⁾ Nur so glaubt Siegert, einen starren Ausnahmecharakter der Notstandspflichten vermeiden und durch " Ausbau des normativen Schuldprinzips " eine dem Einzelfall gerecht werdende

1) von Weber, Die Grenzen, S. 3, 6ff

2) Henkel, Zumutbarkeit, S. 301 ff

3) vergl. auch die schon auf S. 54 erwähnte Ansicht Kaufmanns, nach der sich die Zumutbarkeit lediglich als " Problem der Schuldquantifizierung " darstellt.

4) Liszt-Schmidt, S. 293

5) Siegert, S. 55; ebenso: Henkel, Festschrift S. 294; Schönke-Schröder, § 54, Rdn. 3; Maurach, AT, § 34 I A 6

Lösung finden zu können. Dieser Auffassung entspricht es, wenn Siegert zur Bestimmung der gesteigerten Zumutbarkeit die Frage stellt " Wozu kann ein durchschnittlich willensstarker Beamter, Soldat, Schiffsmann sich in dieser abnormen Motivationslage bestimmen lassen ?" ¹⁾ Dagegen darf nach Eberhard Schmidt der Richter gerade nicht danach fragen, " ob angesichts der Riesenhaftigkeit der persönlichen Gefahr dem Täter im Hinblick auf sein psycho-physisches Können ein rechtmäßiges Verhalten ... noch hat zugemutet werden können." ²⁾

Der Auffassung Siegerts liegt ein normativer Schuldbegriff zugrunde, der von den sozialen Pflichtvorstellungen nur so weit bestimmt wird, wie bei einem Durchschnittsmenschen in der gegebenen Situation eine normale Motivierung möglich ist. ³⁾ Nach der hier vertretenen Ansicht bestimmen allein ethische Gesetze, was einem Menschen an Rechtsbeachtung zuzumuten ist. ⁴⁾ Dieser Erkenntnis widerspricht nicht, daß das Gesetz unwiderleglich die Unzumutbarkeit rechtmäßiger Willensbildung unterstellt, wenn es einem Täter das Notstandsprivileg zubilligt. ⁵⁾ Entfällt bei Bestehen einer Notstandspflicht die Berufung auf den Notstand, so steht nunmehr gerade wieder die Zumutbarkeit nach dem Inhalt der Sollensforderung fest. Letztlich bestimmen damit die für die " Sozialpflichtigkeit" konstitutiven rechtlichen Pflichten das Maß der Zumutbarkeit. Liegt eine besondere " Sozialpflichtigkeit " zum Bestehen

1) Siegert, S. 55

2) Liszt-Schmidt, S. 293

3) Siegert, S. 51

4) vergl. Wolf, Schuldlehre, S. 164; vergl. auch die Ausführungen auf S. 55

5) vergl. die Ausführungen auf S. 55 ff

einer Notstandslage vor, so kann ihr nur die gesetzliche unwiderlegliche Vermutung der Zumutbarkeit normgemäßer Motivation entsprechen. Der Begriff der Zumutbarkeit ist daher im Sinne der zu erfüllenden unbedingten bestimmenden Sollensforderung zu verstehen. Er wird durch diese Inhaltsbestimmung nicht zu einem bloßen formalen Begriff. Inhalt und Maßstab des Zumutbaren sind die sozialen Pflichtvorstellungen, die ihrerseits das Ergebnis einer Abwägung zwischen den zulässigen Interessen der Gemeinschaft und des Einzelnen sind. Deshalb könnte Siegert gegenüber der hier vertretenen Meinung nicht einwenden, daß ein gesetzlicher Ausschluß des normativen Schuldgedankens vorliege.¹⁾ Vielmehr kommt das normative Schulselement voll zur Geltung, indem der Ausschluß des Notstandsprinzips nur in dem Maß erfolgt, wie es sich aus der für den Täter konkret bestehenden sozialen Pflichtanforderung ergibt.

Die Grenze des Zumutbaren ist im Gegensatz zur Ansicht von Siegert auch nicht dort, wo sich ein durchschnittlich willensstarker Beamter, Soldat oder Schiffsmann in einer abnormen Motivationslage nicht mehr bestimmen lassen kann. Sie ist allein dort zu ziehen, wo eine Normbefolgung mit den der Rechtsordnung zugrunde liegenden ethischen Gesetzen nicht mehr vereinbar ist. Das trifft z.B. bei einem Befehl zu, in den sicheren Tod zu gehen. Der Meinung von Siegert kann daher nicht beige-stimmt werden, nur mit Hilfe des Begriffs der gesteigerten Zumutbarkeit könne "zwanglos" ein solches Ergebnis anerkannt werden.²⁾ Wegen der Abhängigkeit der Sollensforderung allein von dem Inhalt der "Sozialpflichtigkeit"

1) so aber gegenüber der Ansicht von Eb. Schmidt:
Siegert, S. 55
2) Siegert, S. 55

können die Begriffe Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit einer Willensbildung durch Stärke oder Schwäche der Motive des Täters im Augenblick der Tat nicht beeinflußt werden. Dieser Auffassung widerspricht nicht, daß durch die Zumutung zum Bestehen einer Notstandslage die Macht des Selbsterhaltungstriebes von vornherein abgeschwächt und Einfluß auf eine rechtmäßige Willensbildung ausgeübt werden soll. Wer Träger von Notstandspflichten ist, muß mit dem Eintritt einer Notstandslage rechnen. Bei diesem Bewußtsein kann die Strafdrohung zum Schutze fremder Rechtsgüter ihre abschreckende Wirkung schon vor dem Kollisionsfall entfalten. Es ist dem Notstandspflichtigen möglich, sich psychologisch auf eine Überwindung des Selbsterhaltungstriebes einzurichten.¹⁾

So ist nach allgemeiner Erfahrung ein erwarteter Widerstand leichter zu überwinden als ein unerwarteter.²⁾ Diese räumliche und zeitliche Nähe des "Rechtszwangs" kennzeichnet von Ferneck als "rechtliche Veranstaltungen", die den Pflichten zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands dienen und die in gewöhnlichen Notstandsfällen nicht getroffen werden können.³⁾

Der Gedanke der psychologischen Abschwächung der Macht des Selbsterhaltungstriebes durch das Bewußtsein der Notstandspflichtigkeit trifft für alle Fälle der Notstandspflichten, nur begrenzt beim Verschuldensprinzip zu. Darüber hinaus braucht in bestimmten Fällen auch aus einem anderen Grunde auf den Selbsterhaltungstrieb die sonst bei Leibes- oder Lebensgefahr angemessene "Rücksicht" nicht genommen zu werden. Für einen Teil der Notstandspflichtigen ist die Gefahr vielfach geringer

1) vergl. Broglio, S. 49

2) vergl. Goldschmidt, Pflichtenstellung, S. 347

3) von Ferneck, Bd. II, S. 46

als für die Masse der gewöhnlichen Notstandstäter.¹⁾ Baumgarten weist auf die besondere " Disziplin des Soldaten hin, durch die dieser an einen egoistischen Regungen gegenüber unzugänglichen Gehorsam gewöhnt " ist.²⁾ Man denke ferner an Feuerwehrleute, Polizisten, Seeleute und ähnliche Personen, die durch ihre Ausbildung auf Gefahren vorbereitet und zur Ergreifung von Abwehrmaßnahmen geschult sind.³⁾

Betrachtet man die Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage auch unter diesen für den Notstandspflichtigen sich bietenden Möglichkeiten zur rechtmäßigen Willensbildung, so muß die Notstandspflicht nicht nur zumutbar im rechtlichen, sondern auch im tatsächlichen, personenbezogenen Sinne erscheinen. Mit Recht weist Broglio darauf hin, " daß nach dem allgemeinen Volksempfinden die Nichtbeachtung der Strafdrohung im Notstand nicht immer als unsittlich empfunden wird, die Haltung dagegen, die sich mit einer dem Täter auferlegten Notpflicht in Widerspruch setzt, durchweg als verwerflich gilt."⁴⁾ Die unwiderlegliche Vermutung der Zumutbarkeit rechtmäßiger Willensbildung bei Ausschluß des Notstandsprivilegs aufgrund einer rechtlich begründeten besonderen sozialen Pflichtenstellung einer Person ist auch eine gerechte Zumutung zum Bestehen einer Notstandslage.

1) vergl. Maurach, Kritik, S. 117, Anm. 505
2) Baumgarten, Notstand und Notwehr, S. 18
3) Maurach, a.a.O.
4) Broglio, S. 49

Kapitel 5: Kriminalpolitische Betrachtung

Die Kriminalpolitik betrachtet die Wirksamkeit des Strafrechts unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit.¹⁾ Sie erwägt, ob und wie bestimmte Interessen mit den Mitteln des Strafrechts zu schützen sind.²⁾ Die Frage, welche tatsächliche Wirkung ein Rechtssatz auf den Normadressaten ausüben wird, ist letztlich "eine transwissenschaftliche, weil sie eine Frage des Lebens, der Praxis" ist.³⁾ Von dieser Erkenntnis muß auch die folgende Untersuchung ausgehen, die die Wirksamkeit und Aufgabe der strafbewehrten Gefahrtragungspflicht prüfen will.

I Die Wirksamkeit der strafbewehrten Gefahrtragungspflicht

In einer Notstandslage sieht sich die notstandspflichtige Person vor zwei Wahlmöglichkeiten gestellt. Entweder sie enthält sich der Notstandshandlung und nimmt die Gefahr für Leib oder Leben auf sich, oder sie begeht die Notstandshandlung und setzt sich einer möglichen Bestrafung wegen des begangenen Delikts aus. Dabei ist nach geltendem Recht seit der Abschaffung der Todesstrafe durch Art. 102 GG gemäß § 14 StGB von lebenslanger Zuchthausstrafe als schwerster Strafandrohung auszugehen. Dieses Verhältnis von Rechtsguteinbuße und Strafandrohung wirft das Problem auf, ob die Erfüllung der Notstandspflicht strafrechtlich "erzwungen" werden kann. Nach von Ferneck können Pflichten nicht in jedem beliebigen Ausmaß auferlegt werden. Er behauptet: "Der Gesetzgeber kann nicht Hand-

1) vergl. von Hippel, Lehrbuch, S. 64

2) vergl. Finger, S. 420

3) Wolf, Schuldlehre, S. 104

lungen oder Unterlassungen zu erzwingen suchen, die nicht erzwingbar sind. Bildet die in den humansten Grenzen gehaltene Todesstrafe das schärfste Mittel, dessen er sich (bei Auferlegung der Pflicht) bedienen kann, dann ist es ihm unmöglich, etwa die Pflicht, sich töten oder verstümmeln zu lassen, zu statuieren."¹⁾

Folgt man der Auffassung von Fernecks, so müßte die Gefahrtragungspflicht als eine mit den Mitteln des Strafrechts unerzwingbare Pflicht angesehen werden. Damit würde entgegen der Erfahrung der Macht des Selbsterhaltungstriebes eine unüberwindbare Stellung zugesprochen werden. Die Selbstaufopferung übersteigt grundsätzlich nicht das menschliche Leistungsvermögen.²⁾ Dafür legen besonders deutlich die Märtyrer der christlichen Religionsgemeinschaften Zeugnis ab, die ihr Leben ließen, um ihren Glauben nicht zu verraten. Man denke auch an die außerchristlichen Kulturkreise: an den freiwilligen Tod der Inder aus religiösen Gründen, den Glaubenskampf der Buddhisten in Süd-Vietnam sowie an die todesverachtende Kampfesweise der Japaner im letzten Weltkrieg. Auch unabhängig von völkischen oder religiösen Besonderheiten ist der menschlichen Natur das Opfer des eigenen Lebens zur Erfüllung einer ethischen oder rechtlichen Pflicht nicht unmöglich. Erinnert sei an das tapfere Verhalten der Stewardess nach dem Absturz des Flugzeugs in den Shannon - Fluß und des Arbeiters während des Grubenunglücks in Lengede.

Ist somit der Selbsterhaltungstrieb nicht unüberwindbar, so kann die Erfüllung der Ge-

1) von Ferneck, Bd. II, S. 71; vergl. auch Bd. I, S. 200

2) vergl. Kaufmann, S. 154; v. Weber, Das Notstandsproblem, S. 37, 38

fahrtragungspflichten mit den Mitteln des Strafrechts erzwungen werden. Deshalb ist zu prüfen, wie sich dieser "Zwang" vollziehen soll.

Nach der psychologischen Zwangstheorie Feuerbachs, die er im Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 entwickelte, kann allein eine durch hohe Strafandrohung bewehrte Sollensforderung ein wirksames verbrechenshinderndes Motiv bieten.¹⁾ Diese Ansicht verkennt, daß der menschlichen Natur außer der vitalen Sphäre auch andere, stärkere Schichten seelischer und geistiger Art zu eigen sind, die in Erfüllung ethischer und rechtlicher Gebote von Pflichtvorstellungen beherrscht werden. So ist die seelische Struktur des Menschen mehrschichtig. Die unterste Schicht bildet die leibnahe Region der Lebensgefühle mit den Elementartrieben der Art- und Selbsterhaltung.²⁾ Über diesen pathischen Antrieben der Tiefenschicht erhebt sich die Personenschicht, das "Selbst" als Regulationszentrum der Antriebe. Aufgabe dieser Ich-Kontrolle gegenüber der pathischen Antriebslage ist es, die vitalen Triebe nicht in ihrem pathischen Drang, sondern in ihrem Wert zu erfassen. Dadurch soll nicht der mächtigste Trieb, sondern die wertmäßige verantwortliche Entscheidung bestimmend für die Willensrichtung sein.³⁾ Auf dieses Ich-Zentrum als Steuerungszentrum für den sinngeleiteten Willen zielt die bestimmende Sollensforderung des Rechts, um den Normadressaten zu veranlassen, den Dranggehalt der pathischen und wertwidrigen Antriebe zu überwinden.⁴⁾

1) vergl. die ausführliche Darstellung bei: Maurach, AT, § 6 I B; Wolf, Große Rechtsdenker, S. 536 ff, insbesondere S. 546 ff

2) vergl. Welzel, Persönlichkeit, S. 436

3) vergl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 135

4) In dem Nachgeben wertwidrigen Antrieben liegt somit der Kern der Schuld. Vergl. Welzel, Persönlichkeit, S. 456. Dagegen versagt Hellmuth Mayer der "Schichtentheorie" Welzels jede "unmittelbare juristische Nutzenanwendung": Strafrecht, S. 215

Daher erscheint auch der Satz gerechtfertigt, daß der Mensch das vollbringen kann, was er als Pflicht ansieht.¹⁾ Freilich ist es eine andere Frage, ob er etwas als Pflicht empfindet. Die Pflichtvorstellung soll in erster Linie schon durch die der Norm zugrunde liegende Wertung hervorgerufen werden. Die Strafandrohung fügt der Norm keine neue Wertentscheidung hinzu. Sie spricht nur für den Fall der Normverletzung eine Folge aus. Dabei lassen sich anhand der Art und der Höhe der Strafandrohung Rückschlüsse auf die Bedeutung der Wertentscheidung ziehen. So wird durch die Höhe einer Strafandrohung gleichzeitig das von einem Gebot oder Verbot ausgehende besondere Gewicht des psychologischen Pflichtmotivs sichtbar. Die Strafandrohung selber will ferner für den Fall, daß die rechtliche Sollensforderung als Pflichtmotiv nicht schon allein aufgrund des Normbefehls empfunden wird, die Pflichtvorstellung als wirksames Motiv durch das angedrohte Strafübel "erzwingen". Diesem "Zwang", insofern ist von Ferneck Recht zu geben, ist eine natürliche Grenze gesetzt. Der unmittelbaren Todesfurcht kann mit keiner Strafandrohung Einhalt geboten werden.²⁾ Selbst wenn es eine Todesstrafe gäbe, müßte die gegenwärtige Notstandslage wegen der unmittelbaren Bedrohung tiefer empfunden werden als das noch in der Ferne liegende und vielleicht doch nicht eintretende Strafübel. Aus dieser Tatsache darf entgegen der Ansicht von Fernecks nicht die Untauglichkeit jeglicher Strafandrohung zur "Erzwingung" der Notstandspflicht geschlossen werden. Vielmehr fällt es dem, der

1) vergl. Neubecker, S. 46

2) Baumgarten, Notstand und Notwehr, S. 21

in Not ist, nur 'schwerer, " dem Appell der Norm zu folgen."¹⁾ Ein Strafsystem, das ein Strafübel allein nach dem Vergeltungsprinzip festsetzen zu müssen glaubt, verkennt die Natur des Menschen in mehrfacher Hinsicht: Der Mensch ist kein rein rationales Wesen. Er rechnet bei Tatbegehung grundsätzlich damit, unentdeckt zu bleiben.²⁾ Vor allem ist der Mensch eine sittliche Persönlichkeit, die darauf angelegt ist, eine Strafe nicht nur entsprechend Art und Schwere der Sanktion als Rechtsguteinbuße, sondern darüber hinaus auch als sittliche Verurteilung zu empfinden. Die Strafe als verbrechenshinderndes Motiv hängt daher auch hinsichtlich der strafbewehrten Gefahrtragungspflichten als Notstandspflichten weniger von der Schwere des angedrohten Strafübels als von der sittlichen Einstellung des Normadressaten zur Erfüllung einer geforderten Notstandspflicht ab. Somit bestehen keine Bedenken gegen die Wirksamkeit der strafbewehrten Gefahrtragungspflicht als Notstandspflicht.

II Sinn und Aufgabe der Strafe im Bereich der Notstandspflichten

In jedem Menschen steckt mehr oder weniger stark eine Neigung zum Verbrechen als " latente Kriminalität ". Die Tendenz zum Delikt ist nicht auf den wirklichen Verbrecher beschränkt.³⁾ Das zeigt sich besonders beim notstandspflichtigen Notstandstäter. Dieser ist in der Regel ein Augenblickstäter aus einmaliger und höchstens bei berufsbedingter Gefahrtragungspflicht aus wiederholbarer Konfliktlage. Immer tritt aber die Notstandstat als

1) Kaufmann, S. 158

2) vergl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 220, 221

3) Mezger-Blei, Studienbuch, S. 288

Folge außergewöhnlicher Verhältnisse auf. Diese gegenüber dem gewöhnlichen Verbrechen und gewöhnlichen Verbrecher bestehenden besonderen Umstände rechtfertigen es, Sinn und Aufgabe der Strafe im Zusammenhang mit der Notstandspflicht zu untersuchen. Dabei ist unter Strafe ein Dreifaches zu verstehen: die Strafandrohung, Strafverhängung und Strafvollstreckung.

Nach Sauer ist es Aufgabe der modernen Strafe, " durch Leidzufügung im Wege strenger Pflichtensteigerung in Verbindung mit Rechtsgüterschmälerung schweres Unrecht zu vergelten und Schuld zu sühnen, möglichst auch (!) darüber hinaus die staatliche Gemeinschaft gegen Unrecht zu sichern und bessernd (erzieherisch) auf den Täter und die anderen ¹⁾ Rechtsgenossen einzuwirken ("abzuschrecken")".

Nach dieser umfassenden Begriffsbestimmung durch Sauer erscheint die Strafe als Vergeltung und Sühne sowie als Verbrechensverhütung durch spezial- und generalpräventive Abschreckung. Im Rahmen dieser Arbeit kann nur zu den wichtigsten hier interessierenden Fragen kurz Stellung genommen werden.²⁾

Die Strafe als Vergeltung und Sühne für begangenes Unrecht berührt ihr Sinnproblem.³⁾ Sie ist insofern ein unentbehrliches Mittel des Staates, " die soziale Ordnung durch Bewährung des Rechts zu gewährleisten."⁴⁾ Diese Seite der

1) Sauer, S. 248; vergl. auch zur Vielseitigkeit der Strafe die Einleitung zur Begründung zu E 1962, S. 96

2) vergl. die Darstellung der verschiedenen Strafrechtstheorien bei: Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S. 27ff; Mayer, M. E., S. 417ff; von Hippel, Lehrbuch, S. 59ff; Mezger, Lehrbuch, 3. Aufl., S. 502ff; Maurach, AT, § 6; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 218ff

3) Welzel, a. a. O., S. 217; vergl. auch Maurach, AT, § 6 I B 1; Mayer, Hellmuth, a. a. O., S. 32, 33

4) Jescheck, Niederschriften, Bd. 2, S. 44; ebenso: Maurach, AT, § 7 I B; Einleitung zur Begründung zu E 1962, S. 96

Strafe hat hier außer Betracht zu bleiben. Das Wesen der Strafe kann sich im Gegensatz zu ihrer Aufgabe nicht nach der Kriminalität und der Art der strafbaren Handlung verändern.

Somit bleibt nur die sozialpädagogische Einwirkung der Strafe als Zweck zur Verbrechensverhütung zu untersuchen.¹⁾ Dieser Strafzweck kann auf zwei verschiedenen Wegen erreicht werden: durch General- oder Spezialprävention.

Die Generalprävention will künftige Straftaten dadurch verhindern, daß der Täter und andere davon abgeschreckt werden, derartige Taten zu begehen. Die Spezialprävention erstrebt Verbrechensverhütung durch Einwirkung auf den Täter, indem sie ihn der Gemeinschaft wiederzugewinnen und gegen neue Versuchsungen widerstandsfähiger zu machen sucht.²⁾

Bei Verletzung einer Notstandspflicht könnte eine hauptsächlich spezialpräventive Ausrichtung der Strafe allenfalls in Betracht kommen, wenn die Gefahr einer wiederholten Tatbegehung besteht. Eine solche Wiederholungsgefahr ist bei den notstandspflichtigen Personen zu befürchten, die wie der Soldat, Polizist oder Feuerwehrmann häufig als Folge ihrer beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit Gefahren für Leib oder Leben ausgesetzt sind.

1) Es soll aber nicht verkannt werden, daß auch schon durch das Wesen der Strafe als Rechtsbewährung bei gerechter Vergeltung das Bewußtsein der Allgemeinheit gestärkt und somit ein sozialpädagogischer Erfolg erzielt werden kann. Vergl.: Mezger-Blei, Studienbuch, S. 292. Ähnlich Finger, der jedoch Vergeltung auch als Zweck der Strafe ansieht: Finger, S. 490; ebenso: von Hippel, Lehrbuch, S. 62. Dagegen stellt Hellmuth Mayer den Vergeltungsgedanken zu sehr in den Vordergrund: Strafrecht, S. 33

2) vergl. zum Vorstehenden für viele: Maurach, AT, § 6 I C; Mezger-Blei, Studienbuch, S. 287 ff; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 221

Bei den übrigen Personen, die allein aufgrund besonderer Umstände Träger von Notstandspflichten sind, ist der Eintritt einer erneuten Konfliktslage in der Regel ausgeschlossen. Ihnen gegenüber kann nur eine hauptsächlich generalpräventive Ausrichtung der Strafe erwogen werden. Auch bei den zuerst genannten Fällen könnte ein grundsätzlicher Anhänger der Spezialprävention den Zweck der Bestrafung nur in einer Abschreckungswirkung sehen. Jeder notstandspflichtige Notstandstäter ist als Augenblickstäter zu bewerten. In diesem Bereich ist somit die Aufgabe der Kriminalstrafe sowohl nach den spezial- als auch nach den generalpräventiven Theorien gleich.¹⁾ Dabei ist Ausgangspunkt der Grundsatz jeder Erziehung, daß der Mensch immer wieder vor die Unverbrüchlichkeit des Sollens gestellt werden muß, um die eigenen Kräfte zu stählen. Diese erzieherische Wirkung durch Abschreckung wird nicht nur gegenüber dem Täter, sondern auch durch die deutliche Warnung an alle gegenüber der Allgemeinheit erzielt. Allerdings ist im Bereich der Notstandspflichten eine Einschränkung zu machen. Im Rahmen einer Abschreckungswirkung können aus der Allgemeinheit nur diejenigen Personen unmittelbar angesprochen werden, die selber Träger von Notstandspflichten und damit mögliche Täter einer strafbaren Notstandshandlung sind. Auf die übrigen Personen kann die strafbewehrte Gefahrtragungspflicht wegen der sichtbar werdenden Zumutung zur Überwindung des Selbsterhaltungstriebes als allgemeine "sittenbildende Kraft" wirken.²⁾ Somit ist Hauptzweck der Strafe im Bereich der

1) vergl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 221
2) vergl. Mayer, Hellmuth, Strafrecht, S. 23

Notstandspflichten, die Bedeutung der sozialen Gemeinschaftsordnung als Schranke auch für vitale Individualinteressen aufzuzeigen und die grundsätzliche Unverletzlichkeit unbeteiligter Rechtsgüter einzuprägen.

Kapitel 6 : Der Irrtum über Notstandspflichten

Wegen der Berücksichtigung der anormalen Motivation beim entschuldigenden Notstand werden vielfach Irrtumsfragen im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Notstand nicht nach den allgemeinen Regeln, sondern nach besonderen Grundsätzen behandelt.¹⁾

Da die Notstandspflichten als immanente Schranke des Notstandsprinzips in enger Beziehung zu dem entschuldigenden Notstand stehen, soll geprüft werden, wie Irrtumsfälle bei den Pflichten zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands zu lösen sind.

I Der Irrtum über die grundsätzliche Stellung als Notstandspflichtenträger

Im Zusammenhang mit den Notstandspflichten liegt einer der möglichen Irrtumsfälle dann vor, wenn eine Person nicht weiß, daß sie aufgrund ihrer besonderen sozialen Stellung zum Kreis der Träger von Notstandspflichten gehört. Einen solchen Irrtum zeigt folgendes Beispiel:

Bei einer Seilschaft nimmt der abgestürzte Bergführer irrig an, er habe über seine Führungstätigkeit hinaus keine besondere Garantenstellung zum Schutz der ihm anvertrauten, ebenfalls verunglückten Personen. Er glaubt, er dürfe sich wie jeder andere aus der Notstandslage durch Zerschneiden des Seils auf Kosten der fremden Bergsteiger retten. Welche Bedeutung ist diesem Irrtum beizumessen ?

1) für viele: Liszt-Schmidt, S. 288, 289; Schröder, Die Notstandsregelung, S. 296 ff; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 164; Jescheck, Niederschriften, Bd. 12, S. 160, 182; Mezger, Ebenda, S. 174

Siegert spricht einem Irrtum über die besondere Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage jede rechtliche Bedeutung ab. Nach seiner Ansicht kommt es nur auf die Kenntnis des Täters von seiner Stellung als Beamter, Soldat oder Matrose an. " Entsprechend der durchschnittlichen Willensstärke der Berufsgenossen " müsse dann das besondere Pflichtmotiv auftreten.¹⁾

Diese Auffassung ist vom Boden der Rechtsprechung des Reichsgerichts aus verständlich. Das Reichsgericht unterschied zwischen Tatsachenirrtum, außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum und strafrechtlichem Rechtsirrtum. Den außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum stellte es dem Tatsachenirrtum gleich und erklärte den strafrechtlichen Rechtsirrtum für belanglos.²⁾

Die Ansicht von der Unbeachtlichkeit des strafrechtlichen Rechtsirrtums ist unvereinbar mit dem Grundsatz: keine Strafe ohne Schuld. Die Lösung des vorliegenden Falles sowie aller folgenden Fälle kann allein aus den Grundsätzen des Schuldstrafrechts gewonnen werden. Nach diesem darf die Strafe als Unwerturteil über menschliches Verhalten nur insoweit verhängt werden, als dem Täter sein Handeln vorgeworfen werden kann.

Den meisten Irrtumsfällen liegt entweder ein Tatbestands- oder ein Verbotsirrtum zugrunde. Jeder Irrtum im Zusammenhang mit einem Entschuldigungsgrund hat unmittelbar mit den Kategorien Tatbestands- und Verbotsirrtum nichts zu tun. Es geht nicht um die Einstellung des Täters zu Recht oder Unrecht, sondern um die Befreiung vom Schuldvorwurf.³⁾ Rad -

1) Siegert, S. 97

2) vergl. die Darstellung bei Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 143, 144

3) vergl. Schröder, Die Notstandsregelung, S. 296

bruch geht so weit, daß er einen angenommenen Notstand überhaupt nicht als ein Problem des Irrtums, sondern der richtigen Bewertung einer subjektiven Zwangslage ansieht. Nach ihm ist nicht " der Notstand in Wahrheit Entschuldigungsgrund, sondern die Annahme des Notstands." Er hält den sogenannten Putativnotstand für einen echten entschuldigenden Notstand.¹⁾ Mit dieser Ansicht könnte der vorliegende Fall allenfalls dann gelöst werden, wenn ein Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen einer Notstandslage vorläge; denn die Tatsächlichkeit eines anerkannten seelischen Druckes ist unabhängig davon, ob der Täter die objektiven Voraussetzungen einer Notstandslage richtig oder falsch eingeschätzt hat. Hier fehlt es jedoch gerade an der grundsätzlichen Anerkennung einer anormalen Motivation, weil der Täter zum Bestehen der Notstandslage verpflichtet ist. Liegt somit kein Irrtum im Tatsächlichen, sondern ein Bewertungsirrtum vor²⁾, so kann die von Radbruch durchgeführte Gleichbehandlung von angenommenem und echtem Notstand nicht vorgenommen werden.³⁾ Bei einem Bewertungsirrtum müssen vielmehr folgende Überlegungen gelten: Indem die Rechtsordnung die Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage fordert, geht sie grundsätzlich davon aus, daß sich jeder Rechtsgenosse bei Kenntnis der tatsächlichen Voraussetzungen seiner besonderen Pflichtenstellung wegen deren verpflichtenden Kraft der Notstandspflicht bewußt ist oder bewußt werden kann. Diese Erscheinung hat eine gewisse Par-

-
- 1) Radbruch, Zur Systematik, S. 166; vergl. auch Mezger, Niederschriften, Bd.12, S.174; ausführlich zum Putativnotstand: Siegert, S. 62
 - 2) vergl. zu dieser Unterscheidung auch Mezger, Lehrbuch, 3.Aufl., S.321, Anm.34
 - 3) gegen eine Unterscheidung von Sachverhalts- und Bewertungsirrtum in diesem Zusammenhang: Maurach, AT, § 38 II B 3

allele bei den unechten Unterlassungsdelikten. Auch bei ihnen setzt das Recht - allerdings wegen der unrechtsindizierenden Kraft der Garantenstellung - zumindest die Möglichkeit einer Kenntnis der Garantenpflicht voraus. Demgemäß ist bei den unechten Unterlassungsdelikten in folgerichtiger Durchführung der herrschenden Schuldtheorie ¹⁾, der wegen der Bedeutung der bestimmenden Sollensforderung als eigenes Bezugsobjekt des Schuldurteils gefolgt werden soll, der Irrtum über eine Garantenpflicht ein Verbotsirrtum.²⁾ Deshalb ist zu prüfen, ob in vorliegendem Fall, in dem freilich ein Irrtum über ein Verbot als Voraussetzung einer direkten Anwendung der Grundsätze des Verbotsirrtums nicht vorliegt, die Regeln des Verbotsirrtums wenigstens entsprechend angewendet werden können.

Wer die Pflicht zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands erkennt, irrt über das rechtliche Sollen als Ausfluß der Bestimmungsfunktion der Norm. Dabei ist zur richtigen Bewertung dieses Irrtums davon auszugehen, daß den Täter der volle Schuldvorwurf trifft, wenn er trotz Kenntnis seiner Notstandspflicht die Forderung zu rechtmäßiger Willensbildung nicht erfüllt. Wie vom Täter verlangt werden muß, sich durch Gewissensanspannung über Recht oder Unrecht einer Handlung bewußt zu werden, so muß in gleicher Weise von ihm gefordert werden, durch Anspannung seiner geistigen Kräfte das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung zu rechtmäßiger Willensbildung zu erforschen. Hat der Täter den Forderungen des Rechts nicht

1) vergl. die grundsätzliche Darstellung bei Welzel sowie die dort weiter angegebenen Literaturangaben: Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 148 ff

2) BGH St 16, 155 ff; ferner: Welzel, a.a.O., S. 198

genügt, obwohl er sie durch stärkere Gewissensanspannung hätte erkennen können, so muß diese Nachlässigkeit vorwerfbar sein. Damit sind die Grundsätze, nach denen der Verbotsirrtum behandelt wird, wiedergegeben.¹⁾ Ihrer entsprechenden Anwendung auf den Fall des rechtlichen Irrtums über das Bestehen eines Entschuldigungsgrundes steht nichts mehr entgegen.²⁾ Die Lösung des vorliegenden Falles muß lauten:

Könnte der Bergführer durch stärkere Gewissensanspannung seine Notstandspflicht erkennen, so muß ihn der Schuldvorwurf treffen. War der Irrtum über seine Stellung als Pflichtenträger unvermeidbar, so kann der Vorwurf der Pflichtwidrigkeit nicht erhoben werden. Dabei ist noch besonders zu beachten: Wer das Notstandsprinzip für sich in Anspruch nimmt, übertritt bewußt Verbote der Rechtsordnung.³⁾ Daraus muß folgen, daß grundsätzlich nur nach sorgfältiger Prüfung der Notstandshandlung gehandelt werden darf.⁴⁾ In den Fällen des strafrechtlichen Notstands müssen daher besonders strenge Anforderungen an die Gewissensanspannung eines Täters zur Erforschung der bestimmenden Sollensforderung gestellt werden. Kann ein Irrtum nicht als unvermeidbar angesehen werden, so steht nichts entgegen, wie beim reinen Verbotsirrtum nach dem Maße der Entschuldbarkeit eine Strafmilderung gemäß den §§ 51 Abs. 2, 44 StGB vorzunehmen.

1) vergl. die Darstellung bei Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 148

2) grundsätzlich ebenso: Maurach, AT, § 38 II B3; wohl auch: LK, Jagusch, § 54, Anm. 7, S. 422; Vorschläge und Bemerkungen der Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums: Niederschriften, Bd. 2, Anhang Nr. 25, S. 78, 79

3) Jescheck, Niederschriften, Bd. 12, S. 182

4) vergl. Lange, Niederschriften, Bd. 12, S. 162; Jescheck, ebenda, S. 160, 182

II Der Irrtum über Inhalt und Umfang von Notstandspflichten

Ein Irrtum im Bereich der Notstandspflichten ist ferner möglich, wenn ein Täter zwar seine Stellung als Notstandspflichtenträger kennt, aber irrig davon ausgeht, im konkreten Fall die Gefahr nicht bestehen zu müssen. Ein solcher Irrtum kann zwei Ursachen haben. Er kann auf der irrigen Annahme eines Sachverhalts beruhen, bei dessen Vorliegen eine Pflicht zur Gefahrtragung nicht gegeben wäre. Er kann aber auch bei richtiger Beurteilung des Sachverhalts auf irriger Bewertung des Umfangs der Gefahrtragungspflicht beruhen.

Ein Beispiel für die letztere Möglichkeit ist folgender Fall:

Ein Soldat, der sich privat auf einem untergehenden Schiff befindet, hält irrigerweise die grundsätzlich für ihn auch im außerdienstlichen Bereich bestehende Gefahrtragungspflicht für nicht gefordert. Er wirft zur eigenen Rettung aus einem überfüllten Rettungsboot eine andere Person ins Wasser.

Zur Lösung dieses Beispiels soll der schon besprochene Fall herangezogen werden, in dem der Bergführer über seine Zugehörigkeit zum Kreis der Träger von Notstandspflichten irrte¹⁾. Beide Fälle unterscheiden sich nur dadurch, daß sich der Bergführer grundsätzlich über seine Stellung als Pflichtenträger irrte, während der Soldat nur irrig das Bestehen seiner Notstandspflicht in der konkreten Sachlage verkennt. Dieser Unterschied ist rechtlich unbedeutend. In beiden Fällen bezieht sich der Irrtum auf das Bestehen der bestimmenden Sollensforderung. Der Irrtum des Soldaten kann nicht anders als der Irrtum des Bergführers

1) vergl. auf S. 209

behandelt werden. Das bedeutet, auch im vorliegenden Fall die Grundsätze des Verbotsirrtums entsprechend anzuwenden.¹⁾

Zuletzt soll noch die andere Möglichkeit eines Irrtums in diesem Zusammenhang anhand des folgenden Beispiels untersucht werden.

Mehrere Soldaten erhalten den Befehl, eine feindliche Stellung unter allen Umständen einzunehmen. Ein Soldat geht irrigerweise davon aus, er müsse in den sicheren Tod gehen. Er beschließt zu fliehen und kämpft sich den Fluchtweg durch die eigenen Reihen frei.

In diesem Fall irrt der Soldat über den Inhalt des Befehls und damit gleichzeitig über die ihm zugrunde liegende Sachlage, bei deren Bestehen eine Notstandspflicht entfallen würde. Damit handelt es sich um einen besonderen Fall der irrtümlichen Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen einer Notstandslage.

Die Frage, wie ein solcher Fall des Putativnotstands behandelt werden muß, ist umstritten. Zum Teil wird angenommen, ein Irrtum, tatsächlicher Art schließe entsprechend einem Tatbestandsirrtum den Vorsatz aus²⁾ oder lasse den auf vorsätzliche Rechtsverletzung gestützten Schuldvorwurf entfallen³⁾ und führe nur bei Fahrlässigkeit und einem Fahrlässigkeitstatbestand zur Strafe. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, es müßten die für

1) grundsätzlich wohl ebenso: Dreher-Lackner-Schwalm, § 6 Rdn.7

2) LK, Jagusch, § 54, Anm.7, S. 422; früher: Mezger, Lehrbuch, 3.Aufl., S. 320; ferner: Dreher-Lackner-Schwalm, a.a.O.

3) Schönke-Schröder, § 54, Rdn. 17; § 59, Rdn. 130; RG St 64, 30 ff, 31; wohl auch: BGH St 5, 371 ff, 374

den Verbotsirrtum geltenden Grundsätze entsprechend angewendet werden.¹⁾ Schließlich besteht noch die Ansicht, nach der beim Putativnotstand wegen der Erheblichkeit der seelischen Konfliktslage Entschuldigung in gleicher Weise wie bei Zutreffen der Annahme gewährt werden müsse.²⁾

Welche Auffassung löst den Putativnotstand zufriedenstellend ?

Folgt man den zuerst angeführten Meinungen, auch sofern trotz Irrtums der Vorsatz bestehen bleiben und nur der Vorsatzvorwurf entfallen soll, so muß doch in jedem Fall eine vorsätzliche Tatbegehung qualitativ in eine fahrlässige umgedeutet werden. Damit würde der Unrechtsgehalt bei einer vorsätzlichen Normverletzung, die bei tatsächlichem Vorliegen der Notstandsvoraussetzungen einer Notstandslage lediglich entschuldigt wird, verfälscht werden.³⁾ Deshalb ist für alle Fehlvorstellungen im tatsächlichen Bereich eines Entschuldigungsgrundes vom Fortbestand des Vorsatzes auch als Gegenstand eines etwaigen Schuldvorwurfs auszugehen.

Auch eine entsprechende Anwendung der Regeln des Verbotsirrtums kann nicht befriedigen. In den vorliegenden Fällen ließ sie sich noch rechtfertigen, weil ein Irrtum über die bestimmende Sollensforderung einem solchen über die Bewertungsfunktion der Norm gleichgestellt wer-

-
- 1) Maurach, AT, § 38 II B 3; neuerdings auch Mezger-Blei unter ausdrücklicher Aufgabe der entgegenstehenden früheren Meinung: Studienbuch, S. 177
 - 2) vergl. Radbruch, Zur Systematik, S. 166; ferner für viele: RG St 66, 222ff, 227; Liszt-Schmidt, S. 288, 289; Jescheck, Niederschriften, Bd. 12, S. 182; Mezger, ebenda, S. 174; Finger, S. 526; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 165; § 40 Abs. 2 E 1962
 - 3) vergl. die Begründung bei Welzel, a.a.O., S. 165

den kann. Hier muß sie ausscheiden. Es besteht lediglich ein Irrtum über objektive Voraussetzungen einer sonst tatsächlich entschuldigenden Lage.

Dagegen erfassen die von Radbruch schon angeführten Überlegungen das vorliegende Problem. Danach trifft der dem strafrechtlichen Notstand zugrunde liegende Rechtsgedanke der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei einer anormalen Motivation nicht nur bei tatsächlichem Vorhandensein der vorgesehenen Voraussetzungen, sondern auch dann zu, wenn diese allein in der Vorstellung des Täters bestehen.¹⁾ Wer irrig glaubt, die tatsächlichen Voraussetzungen eines sonst bestehenden Notstandsrechts seien gegeben, muß grundsätzlich so behandelt werden, als träte seine Annahme zu.

Allerdings ist noch zu prüfen, ob dieser Grundsatz auch gelten kann, wenn die irrtümliche Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen einer anormalen Motivation auf Verschulden beruht.

Die Tatsächlichkeit des seelischen Druckes ist zwar die gleiche, mag sie auf vorwerfbarem oder nicht vorwerfbarem Verkennen der objektiven Voraussetzungen des strafrechtlichen Notstands beruhen. Es erscheint dennoch unbillig, einem Täter bei vorwerfbarem Irrtum grundsätzlich volle Entlastung zu gewähren. Auch hier muß wegen der vorsätzlichen Übertretung einer Rechtsnorm der schon erwähnte Grundsatz der besonderen Prüfungspflicht gelten. Ein Täter kann nur volle Entschuldigung verdienen, wenn er gewissenhaft geprüft hat, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die Vornahme einer Notstandshandlung vorliegen.²⁾ Eine Aus-

1) vergl. die Anm. 2) auf S. 216

2) so: Jescheck, Niederschriften, Bd. 12, S. 182

nahme von dieser Prüfungspflicht kann nur zugelassen werden, wenn die Umstände sie im Einzelfall unzumutbar erscheinen lassen.

Offen ist nur noch, wie bei vorwerfbarem Irrtum zu bestrafen ist.

Das Verschulden kann leicht oder grob fahrlässig sein. Es ist nach einer Lösung zu suchen, gemäß der die Strafe in dem Maße gemildert werden kann, wie die irrige Annahme der Notstandslage entschuldbar ist. Einen solchen Lösungsweg vermag die Regelung nach § 157 StGB zu weisen. Diese Vorschrift behandelt den Aussagenotstand. Nach ihr kann der Richter bei einer strafbaren Aussage nach pflichtgemäßem Ermessen die Strafe mildern oder ganz von ihr absehen, " wenn der Täter die Unwahrheit gesagt hat, um von einem Angehörigen oder von sich selbst die Gefahr einer gerichtlichen Bestrafung abzuwenden." Dabei kommt es wegen der Bedeutung der Absicht in dieser Bestimmung nach herrschender Ansicht zu Recht nicht darauf an, ob die Gefahr der Bestrafung objektiv besteht. So kann eine Straffreiheit oder Strafmilderung auch eintreten, wenn der Aussagende eine Gefahr irrtümlich angenommen hat.¹⁾ Hier besteht für den Richter wegen des Ermessensspielraums in § 157 StGB die Möglichkeit, einen verschuldeten Irrtum bei der Frage nach der Strafbarkeit eines Putativaussagenotstands oder bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Dadurch kann eine dem Einzelfall gerecht werdende Entscheidung erzielt werden. Es scheint somit angebracht zu sein, bei verschuldetem Putativnotstand in entsprechender Anwendung der Regelung des § 157 StGB das Ermessen des Rich-

1) vergl. Schönke-Schröder, § 157 Rdn.13; RG St 77, 222; BGH St 8, 317; OLG Hamm, HEST Bd.2, S. 254; OLG Hamburg, NJW 1952, S. 634; Bay. ObLG. NJW 1956, S. 559

ters darüber entscheiden zu lassen, ob ein solcher Irrtum bestraft werden soll oder ob der Täter nach der Vorwerfbarkeit seines Verhaltens milder bestraft werden kann.

Nunmehr kann abschließend der eingangs dieser Untersuchungen angeführte Fall gelöst werden. Dabei soll davon ausgegangen werden, daß der Soldat bei gewissenhafter Prüfung der Sachlage seine Pflicht zum Eingehen der Notstandslage hätte erkennen können. Der selbstständig entschuldigende Putativnotstand kann ihm dann nicht zugebilligt werden. Deshalb hängt seine Strafbarkeit von dem Maß seines Verschuldens ab. Sein Verschulden soll auch nicht so gering erscheinen, um es mit einem pflichtgemäßen Ermessen vereinbar zu erklären, in entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens des § 157 StGB ganz von Strafe abzusehen. Allenfalls kann eine Strafmilderung in Betracht gezogen werden.

Mit dem letzten Fall sind die bedeutendsten Irrtumsfälle im Bereich der Notstandspflichten besprochen. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß sie - verglichen mit den allgemeinen Irrtumsfällen im Zusammenhang mit dem entschuldigenden Notstand - grundsätzlich keine Besonderheiten aufweisen.

Kapitel 7 : Das rechtstechnische Problem
der Behandlung der Notstands-
pflichten

Abschließend soll untersucht werden, ob es sich de lege ferenda empfiehlt, in einer Regelung über den strafrechtlichen Notstand die Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage als Ausnahme von dem Notstandsprinzip zu erwähnen. Dabei könnte es sich allerdings nur um einen Hinweis handeln. Bei Bestehen einer Gefahrtragungspflicht folgt der Ausschluß des strafrechtlichen Notstands schon unmittelbar aus dem Notstandsprinzip.¹⁾

Die Ansichten über den Wert eines solchen Hinweises sowie über seine etwaige Fassung sind geteilt. Eine Meinung lehnt es ab, die Notstandspflichten in einer Notstandsregelung ausdrücklich zu erwähnen. Die Gründe für diese Auffassung sind verschieden. Baldus behauptet, man könne im Hinblick auf die jeweils vorzunehmende Einzelentscheidung keine abstrakte Regel für das Vorliegen von Notstandspflichten aufstellen.²⁾ Bockelmann vertritt die Ansicht, man dürfe einen Ausnahmefall nicht als Begriffsmerkmal eines Prinzips verwenden.³⁾ Eine weitere Meinung hält es nur für wertlos und überflüssig, Notstandspflichten zu erwähnen. Sie sieht ihre Anführung aber nicht für schädlich an, weil die Pflicht zum Bestehen eines Notstands selbstverständlich sei.⁴⁾

Soweit auf das Bestehen von Notstandspflichten hingewiesen werden soll, lassen sich wiederum verschiedene Richtungen feststellen. Die

1) vergl. auf S. 190 oben

2) Baldus, Niederschriften, Bd.12, S. 178

3) Bockelmann, Niederschriften, Bd.2, S. 154

4) Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, S. 395;
von Weber, Das Notstandsproblem, S. 121;
Henkel, Der Notstand, S. 133

Anhänger der einen wollen den Begriff der Notstandspflicht ausdrücklich in eine Notstandsregelung aufnehmen und zwar entweder durch seine bloße Aufführung ¹⁾ oder durch Hinweis auf die Art der Begründung der Notstandspflicht, wie z.B. durch Gesetz, Vertrag oder Amtspflicht. ²⁾ Andere glauben, das gleiche Ergebnis durch Einfügung eines Merkmals der Zumutbarkeit zu erzielen. Eine straflose Notstandshandlung könne nur vorliegen, wenn die Hinnahme der Notstandsgefahr für das bedrohte Rechtsgut nicht zumutbar sei. ³⁾

Bei diesem Meinungsstand lautet die entscheidende Frage, ob man in einer zukünftigen Notstandsregelung wie de lege lata - abgesehen von dem Verschuldensprinzip - das Bestehen von Notstandspflichten nicht erwähnen oder ob man in irgendeiner Weise auf die Begrenzung des Notstandsprinzips durch Gefahrtragungspflichten hinweisen soll.

Gegenüber dem Einwand Bockelmanns, ein Ausnahmefall dürfe nicht als Begriffsmerkmal des Notstandsprinzips verwendet werden, ist zu bemerken:

Von der Dogmatik aus betrachtet ist nicht die Notstandspflicht, sondern die Strafflosigkeit einer Notstandshandlung eine Ausnahme. Deshalb ist es durchaus sinnvoll, durch eine Erwähnung der Notstandspflichten auf die unverbrüchliche Geltung der bestimmenden Sollens-

1) vergl. Neubecker, S. 337; Goldschmidt, Verh. 34. DJT, S. 422 § 22a; so auch § 22 E 1919, wiedergegeben von Brons, S. 251

2) vergl. Broglio, S. 75; ähnlich: von Weber, Das Notstandsproblem, S. 136

3) vergl. Goldschmidt, Gegenentwurf, S. 257; Schwalm, Niederschriften, Bd. 2, S. 149; so auch § 40 E 1962; vergl. die Begründung hier zu auf S. 161 E 1962; ausdrücklich gegen den Gedanken der Zumutbarkeit als Hinweis auf die Notstandspflichten: Brauneck, S. 270

forderung in bestimmten Fällen hinzuweisen. Der weitere, von Baldus vorgetragene Einwand, man könne nicht von vornherein festlegen, in welchen Fällen Notstandspflichten bestehen, trifft nicht das rechtstechnische Problem im eigentlichen Sinne. Er berührt vielmehr die allgemeine Frage, ob wegen der Gebundenheit der Gefahrtragungspflicht an eine konkrete Situation eine Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage aus Gründen der Rechtssicherheit gefordert werden kann. Aber auch dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Es ist zwar richtig, daß die Notstandspflicht eines festen Umrisses entbehrt. In einer Welt, in der Weltanschauungen sich ebenso differenzieren wie ihre Lebensverhältnisse sich komplizieren, ist es nicht möglich, ohne verallgemeinernde, anpassungsfähige Begriffe und Regeln auszukommen. Allerdings beinhaltet der Begriff der Notstandspflicht keine Aufforderung, Richterrecht zu schaffen. In einer zukünftigen Regelung könnte er den Rechtsgenossen nur als eine alle Zweifel abschneidende Verweisung auf jene Vorschriften dienen, aus denen die Pflicht zum Bestehen einer Notstandslage unmittelbar und unmißverständlich folgt. Darin läge letztlich der nicht zu unterschätzende Wert einer ausdrücklichen Anführung der Notstandspflichten. Deshalb wird grundsätzlich befürwortet, de lege ferenda die Pflicht zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands als Begrenzung des Notstandsprinzips in irgendeiner Weise zu erwähnen.

Es scheint nicht angebracht zu sein, beispielhaft Personengruppen als Träger von Notstandspflichten aufzuzählen oder den Versuch einer erschöpfenden Darstellung zu unternehmen. Bei einer beispielhaften Aufzählung ist wegen der Vielzahl der Fälle, in denen Notstandspflichten bestehen, kein besonderer Vorteil im Hin-

blick auf eine genauere Erfassung des Begriffs der Notstandspflicht ersichtlich. Der Versuch einer erschöpfenden Darstellung muß an der Unmöglichkeit einer alle Fälle umfassenden Regelung scheitern. Dagegen hätte ein allgemeiner Hinweis auf das Bestehen von Notstandspflichten den Vorteil, alle nur denkbaren Fälle zu beinhalten. Ein solcher Hinweis brächte vor allem die Situationsbedingtheit der Notstandspflicht zum Ausdruck. Nicht schlechthin in jeder Notstandslage sind beispielsweise Soldaten oder Seemänner zum Bestehen einer Gefahr verpflichtet, sondern nur entsprechend ihrer konkreten soldatischen oder seemännischen Pflicht.

Die weitere Frage lautet nun, ob dieser allgemeine Hinweis mit Hilfe des Begriffs der Notstandspflicht oder der Zumutbarkeit erfolgen soll.

Die Pflicht zum Bestehen einer Gefahrlage hängt von der jeweiligen konkreten Gefahragungspflicht ab. Diese ist wiederum Ausfluß bestimmter Sozialpflichten. Steht im Mittelpunkt der immanenten Begrenzung des Notstandsprinzips der Begriff der Pflicht, so, kann es schon zur Verdeutlichung dieses Zusammenhangs angebracht erscheinen, ihn dem Begriff der Zumutbarkeit vorzuziehen.¹⁾ Der Begriff der Notstandspflicht ist in diesem Zusammenhang auch klarer und eindrucksvoller als der Begriff der Zumutbarkeit. Das Bestehen von Pflichten als notwendige Folge einer Gemeinschaftsordnung ist durch das natürliche Pflichtgefühl grundsätzlich im Bewußtsein der Rechtsgenossen als verbindliche Kraft anerkannt. Dagegen verblaßt der Begriff der Zumutbarkeit als reiner Rechtsbegriff. Er ist für

1) vergl. dagegen die kriminalpolitischen Gedanken von Brauneck, S. 270

eine künftige Notstandsregelung als Hinweis auf eine Begrenzung des Notstandsprinzips durch Gefahrtragungspflichten wenig geeignet. Allerdings soll er z.B. nach der Begründung zu § 40 E 1962 für den Richter auch die Möglichkeit beinhalten, bei verschuldeter Notstandslage eine den konkreten Einzelumständen gerecht werdende Lösung treffen zu können.¹⁾ Nach der hier vertretenen Auffassung soll aber de lege ferenda ein verschuldeter Notstand in keinem Fall mehr eine Notstandspflicht auslösen, sondern nur noch als selbständiges Delikt erfaßt werden.²⁾

De lege ferenda werden abschließend folgende Regelungen im Anschluß an eine in einen Absatz 1 aufzunehmende Bestimmung über die allgemeinen Voraussetzungen des entschuldigenden Notstands vorgeschlagen:

Absatz 2:

Hat der Gefährdete die Notstandslage schuldhaft herbeigeführt, so wird er mit Gefängnis bis zu ... Jahren bestraft. Ist das Verschulden gering, so kann das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen ganz von Strafe absehen.

Absatz 3:

Notstand entschuldigt nicht, wenn die rechtliche Pflicht besteht, die Gefahr für das bedrohte Rechtsgut auf sich zu nehmen.

1) vergl. die Begründung zu § 40 E 1962, S. 161

2) vergl. die Ausführungen auf S. 68 ff

Lebenslauf

Am 16. November 1937 wurde ich als Sohn des Dr. jur. Günther Kuhnt und seiner Ehefrau Senta, geborene Windisch in Breslau geboren.

Die erste Volksschulklasse besuchte ich in Breslau, die weiteren bis Herbst 1947 in Stephanskirchen bei Rosenheim in Oberbayern. Ostern 1948 wurde ich in Neuß in die Sexta des humanistischen Quirinus - Gymnasiums aufgenommen. Im Februar 1957 legte ich die Reifeprüfung ab.

An den Universitäten in Köln und Freiburg im Breisgau studierte ich die Rechtswissenschaften. Nach acht Semestern bestand ich im Juli 1961 in Freiburg im Breisgau das erste juristische Staatsexamen.

Am 2. April 1962 wurde ich in Neuß zum Referendar ernannt.

